

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目（CIP）数据

国际商法 / 张孟才，孟祥铭主编. —2 版. —北京：电子工业出版社，2014.9
高等院校国际经济与贸易系列规划教材
ISBN 978-7-121-24154-3

I. ①国… II. ①张… ②孟… III. ①国际商法—高等学校—教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 194452 号

责任编辑：袁桂春

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×980 1/16 印张：19.75 字数：419 千字

版 次：2007 年 10 月第 1 版

2014 年 9 月第 2 版

印 次：2014 年 9 月第 1 次印刷

定 价：42.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线：（010）88258888。

第2版前言

国际商法是一门实用性很强的学科，主要解决国际商事活动中复杂的相关法律关系问题，为从事国际商事活动的人们所普遍关注和肯定，同时，也正是由于这门课程有很强的实用性，它也受到了广大在校国际经济与贸易专业学生的欢迎。自我国改革开放之初的20世纪80年代，经贸部下属院校的外经贸类专业就开设了国际商法，并作为国际贸易专业学生的必修课。

国际商法也是一门仍在不断完善发展的学科。随着经济全球化进程加快，国际分工和国际商事活动的深化，国际商事活动中的各种法律关系也越来越复杂，越来越需要国际商事规则的协调与规范。踏踏实实地研究国际商事规则，解决国际商事活动中大量复杂的法律问题是当前国际商事活动的迫切要求。

鉴于以上原因，我们本着实用先进的原则，在国内前人成果的基础上，吸收了最新的国际商法规则和研究的最新成果，力图全面、系统、准确地介绍和阐述国际商法的基本理论、基本知识和主要制度。同时，力求选用新的典型案例说明上述理论和制度，也希望能为广大从事国际商事活动的相关业务人员及广大的在校学生学习、把握和运用国际商事规则做一些基础性的工作。

本书第1版自2007年出版以来受到了广大院校师生及从事国贸业务的人士的欢迎，而且被评为省级“十二五”规划教材，鉴于国际商事规则的变化，现对第1版予以修订。本次修订将近年来国际上商事规则的最新变化全部纳入课程体系，希望能对学生和从事国贸业务的人士有所帮助。参加本教材编写的有从事多年国际商法教学工作的老师和博士、硕士研究生，他们是张孟才、孟祥铭、姚娜、刘宝哲、刘惠明、田玉宝、谢水园、魏游、常成、刘阳、白宇航等。

作者简介

张孟才，现任沈阳工业大学经济学院教学院长，教授、硕士生导师，从1994年起从事国际商法的教学活动。

目 录

第 1 章 国际商法概述	1	第 4 章 买卖法	155
1.1 国际商法的概念和渊源	3	4.1 国际货物买卖法概述	157
1.2 具有显著特征的西方国家两大 法系	6	4.2 国际货物买卖适用的法律	157
1.3 中国的法律制度概述	23	4.3 国际货物买卖中双方的义务	162
本章小结	29	4.4 国际货物买卖中所有权与风险 的转移	173
复习思考题	29	4.5 国际货物买卖合同的违约与 救济	177
第 2 章 国际商事组织法	31	本章小结	188
2.1 商事组织法概述	33	复习思考题	188
2.2 合伙企业的设立与管理	43	第 5 章 产品责任法	189
2.3 股份有限公司的设立与管理	49	5.1 产品责任法概述	191
2.4 中国的商事组织与商事组织法	72	5.2 国际主要法系的产品责任法	195
本章小结	76	5.3 国际产品责任统一法	205
复习思考题	77	本章小结	209
第 3 章 合同法	79	复习思考题	210
3.1 合同法概述	81	第 6 章 代理法	211
3.2 合同的订立	84	6.1 代理法概述	213
3.3 合同的解释与履行	113	6.2 代理的法律关系	214
3.4 合同的违约与救济	119	6.3 代理权的产生与代理关系的 终止	219
3.5 合同的消灭与时效	141		
本章小结	153		
复习思考题	153		

V



中国三一重工集团诉美国总统奥巴马案

【案情介绍】

2012年3月,三一重工集团美国子公司罗尔斯公司(Ralls Corp.)收购了希腊电网公司Terna US在美国俄勒冈州的Butter Creek靠近美国海军军事基地的四个风电场项目(以下简称BC项目),并取得了项目建设的所有审批和许可。这四个风电场项目有一处在海军的限飞空域之内,其余的距离军事管制区不足5英里。根据公开资料,美国海军在此进行低空轰炸和电子战训练,以及试验无人驾驶飞机。

2012年7月25日和8月2日,美国海外投资委员会(CFIUS)以涉嫌威胁美国国家安全为由,分别做出两次阶段性裁决:罗尔斯公司必须停止修建这些风电场项目;在没有获得美国政府许可的情况下,不能将风电场及建设风场所需设备出售。罗尔斯公司随后与CFIUS沟通未果。

2012年9月12日,罗尔斯公司在美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院对CFIUS提起诉讼。

2012年9月28日,美国总统奥巴马签发总统令,以涉嫌威胁美国国家安全为由,中止BC项目。总统令要求罗尔斯公司在两个星期之内从上述场地上撤走全部财产和装置,并且在90天之内从这个风力发电项目中撤出全部投资。2012年10月1日,罗尔斯公司遂将奥巴马追加为被告。

2013年10月9日,美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院杰克逊法官做出初审判决,罗尔斯公司对奥巴马的所有起诉内容被驳回。

2013年10月16日,罗尔斯公司向美国哥伦比亚特区联邦上诉法院提起上诉。

2014年7月15日,美国哥伦比亚特区联邦上诉法院由汉德逊大法官、布朗大法官和维金斯大法官组成合议庭,就三一重工集团在美子公司罗尔斯公司因俄勒冈州风电场项目被禁止诉CFIUS和奥巴马总统案做出判决。



在这份长达 47 页的判决中，合议庭推翻地方分区法院杰克逊法官批准美国政府相关动议的判决。判决认定：三一重工集团在美子公司罗尔斯公司在 BC 项目中具有受宪法程序正义保护的财产权；奥巴马总统下达的禁止罗尔斯公司俄勒冈州 BC 项目的总统令违反程序正义，剥夺了罗尔斯公司在 BC 项目中受宪法保护的财产权。美国政府需要向罗尔斯公司提供相应的程序正义，包括 CFIUS 及奥巴马总统做出禁令所依赖的非保密信息和在了解相关信息后回应的机会；CFIUS 就 BC 项目针对三一重工集团子公司罗尔斯公司下达的各项命令，不因奥巴马总统令的下达而自动规避法院的审查。初审法院应就罗尔斯公司对 CFIUS 各项命令的挑战和诉求立案并进行实质审查。

【法律问题】

- (1) 罗尔斯公司在 BC 项目中的财产权是否受法律保护？
- (2) 奥巴马下达的禁止罗尔斯公司收购 BC 项目的总统令能否受到美国司法系统的审查？
- (3) CFIUS 就 BC 项目针对三一重工集团子公司罗尔斯公司下达的禁令能否因总统令的下达而自动规避法院的审查？

【法理分析】

(1) CFIUS 做出两个禁令给罗尔斯公司的财产带来严重威胁。根据这两个禁令罗尔斯公司必须停止修建这些风电场项目，并且在没有获得美国政府许可的情况下不能将风电场及建设风场所需设备出售。罗尔斯公司在 BC 项目中具有受宪法程序正义保护的财产权，而奥巴马总统令未能按照宪法和相关法律流程未经告知和无任何适当理由就侵害和剥夺了企业的合法财产。

(2) 美国《国防生产法》721 条款规定，美国总统依据该法案做出的决定或采取的行动不受司法审查。但是联邦上诉法院认为“721 条款”并没有说“美国总统在做出这个决定或采取这个行动之前的过程不受司法审查”。美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院的判决认为，“可以确定，在总统令的下达过程中，没有给罗尔斯公司适当的程序正义”。

(3) 美国绝大多数机构都有详细的办事条款制度可循，但 CFIUS 没有任何公开的工作标准，“721 条款”不适用 CFIUS。被其否决的投资个案的细节不公之于众。此前希腊公司投资这个项目时，美国并没有以涉及安全问题反对希腊公司投资，但在三一重工集团接手后，就称涉及国家安全。

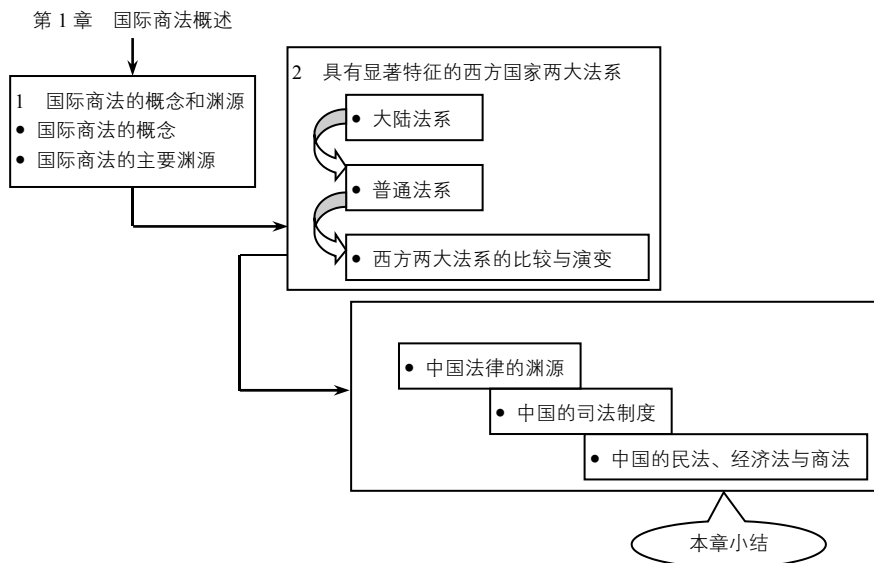
本案促进了美国在总统令及 CFIUS 决策程序的正义、透明；美国是判例法国家，本案是外资企业诉总统令及 CFIUS 的首例成功案例，是在以后的美国司法案件中可以援引的先例；对中国企业在美投资有重要影响。



学习目标

- ◆ 素质目标：能够把握国际商事法律关系的特点和国际商法与其他部门法之间的联系与区别。
- ◆ 知识目标：了解国际商法的概念；了解大陆法系与普通法系商法的结构与特点；掌握适用国际商法的条件和策略。
- ◆ 技能目标：依据国际商法的基本内容与特点，掌握国际商法在国际商事实践中形成的规律，理解两大法系不同商事规定的成因。
- ◆ 能力目标：具备识别不同法系国家商法的优、缺点，并根据不同情况选择适用的具体法律规则的能力。

学习导航



1.1 国际商法的概念和渊源

1.1.1 国际商法的概念

国际商法（International Commercial Law）是调整国际商事交易与商事组织各种关系的法律规范的总和。

从其研究的内容来看，国际商法是一个独立的法学领域。随着历史发展，尤其是第二



次世界大战以后国际经济关系的不断深化，国际商事交易呈现出多样化的趋势。因此，国际商法就有了传统国际商法与现代国际商法之分。从国际商法的历史形成和其不断完善的发展历程来看，传统国际商法所研究的法律门类主要有商行为法、公司法、代理法、票据法、海商法与保险法等内容，而现代国际商法的内涵则比传统国际商法的内涵大得多，它所研究的内容不仅涉及有形的货物交易方面的法律，也涉及无形的技术、资金和服务方面的新型国际商事交易与贸易实践的相关法律。例如，国际投资、工程承包、技术转让、知识产权与专有技术的许可证贸易等。

从其法律构成的关系来看，国际商法涉及国际和国内两个层面。国际层次的国际商法是指各项有关国际商事活动的国际公约、条约、协定、国际组织的决议与国际贸易惯例。国内层次的国际商法是指各国在规范、协调具有涉外因素的法律规范。在国际商法的这两个层次中，各国的国内法具有当然的强制约束力，一旦法律判决生效，当事人就必须按照法律的判决执行，如果当事人拒不执行判决，法院要依法强制执行。而国际层次的国际商法规范往往要借助国内法的强制约束力才能得到较好的执行。

国际商法属于国际私法的范畴。从其规范的主体来看，国际商法协调与规范的主要是具有商事行为能力的商事组织。国际商法的调整对象是国际商事关系，主要指由营利性主体从事涉外商事活动所发生的涉外经济关系以及与此相关联的社会关系的总和。这就决定了国际商法协调、规范的主体是私法主体。其他主体，如公法主体，从事涉外商事活动的，其权利、义务关系也只能参照私法主体来处理。私法主体主要是指个人、合伙和公司这三种商事组织形式。“涉外商事活动”主要是指在商事活动中具有涉外因素，即商事关系中至少有一个因素与他国有联系，主要包括以下几种情况：

- 主体一方或各方是外国的国家、企业或自然人；
- 客体是位于外国的物；
- 内容或事实与外国发生关系，即产生、变更、消灭的事实发生于外国。

值得注意的是，国际商事活动中可能是仅有一个因素涉外，也可能是两个或多个因素涉外。



相关链接

国际公法是调整国家和国际组织间的一般的政治、经济、文化的“公法”关系的法律、规范和制度的总和。

国际私法是调整涉外民事关系的法律规范的总和。美、英私法学者认为，国际私法应包括三个方面的内容：① 涉外民事案件的管辖权；② 法律适用；③ 外国判决的承认与执行。

国际商法的产生和发展是一个不断发展、完善的过程，国际商事规则也经历着从无到



有、从少到多、从低级到高级的不断完善的过程。直到目前,国际商法的体系和内容仍然有不完善的地方,还有需要借助法律冲突规则导致适用有关国家民法和商法来处理商事关系的情况。我们在学习和研究国际商法时,除了要了解有关的国际条约和国际贸易惯例以外,还必须了解各国关于涉外商事活动的法律规定。另外,随着国际经济全球化发展的深入,国际商事活动的内容和形式都在不断地深化与创新,在客观上也要求国际商法要不断地发展和完善。

1.1.2 国际商法的主要渊源

1. 国际公约

国际公约作为国际商法的重要渊源,调整和规范国际商事活动的公约、条约和协定,主要有两种具体表现形式。一种是实体法规则的国际公约,如1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》及1930年的《关于统一汇票和本票的日内瓦公约》等。这些公约能够有效消除各缔约国在这些领域的法律冲突。另一种是冲突法规则的国际公约,如《产品责任适用法律公约》等。这些公约可以使各缔约国在这些领域内的法律冲突规则得到统一,为国际商事案件确定准据法。



相关链接

实体法是指在国际条约和协定中直接规定当事人的权利和义务关系,不需要借助其他法律规定来确定当事人的权利和义务关系。

冲突法是指在有关的国内法或国际条约、协定中只规定何种情况适用何种法律来确定涉外民事法律中当事人的权利与义务,而不直接指出当事人的权利和义务关系。



提示 《联合国国际货物销售合同公约》是联合国国际贸易法委员会于1980年4月11日在维也纳召开的外交会议上通过的。该公约于1988年1月1日生效。截至2014年6月,核准和参加该公约的共有81个国家。其宗旨在于减少国际贸易的法律障碍,促进国际贸易的发展。

2. 国际贸易惯例

国际商法的另一个重要渊源是国际贸易惯例。国际贸易惯例不是法律,不具备法律的普遍约束力,但是在国际商事活动中为人们普遍接受,以至于在有些国际公约和许多国家的国内法律中规定,当事人在商事活动中采用国际贸易惯例的,应当遵守所采用的国际贸易惯例。甚至有些国家的法律还规定,法院有权依据有关国际贸易惯例对双方当事人的合同做出解释与裁决。1980年的《联合国国际货物销售合同公约》第9条规定,双方当事人应受他们业已同意的任何惯例的约束,除非另有协议外,双方当事人应视为已默示同意受



他们已经知道或理应知道的惯例的约束。1976年的《联合国贸易法委员会仲裁规则》第33条规定，仲裁庭在进行仲裁时，应考虑适用于该具体交易的惯例。由此可见，国际贸易惯例借助国际公约和各国的国内法成为具有一定约束力的国际贸易规则。

许多重要的国际贸易惯例已被有关国际组织编纂成文，国际商会在这方面发挥了重要作用，其制定的《国际贸易术语解释通则》与《跟单信用证统一惯例》，在国际贸易中影响巨大，已被广泛采用，对于便利和促进国际贸易起了重要作用。另外，有关的国际贸易惯例还有1932年《华沙—牛津规则》、1990年《美国对外贸易定义修正本》等，也都起到了促进国际贸易发展的重要作用。

此外，各国国内的规范涉外商事关系的立法也是国际商法的主要渊源，在涉及各国的商事法规时，应分别加以研究，此部分内容在以后章节里再做讨论。

1.2 具有显著特征的西方国家两大法系

西方国家的法律制度有两种具有明显差异的类型，从其法律制度的产生到法律体系的具体方面都表现出两种截然不同的表现形式，即成文法体系和判例法体系。通过对两大法系的学习，可以帮助理解和把握国际商法中的各种法律规定。

1.2.1 大陆法系

1. 大陆法的结构、特点

大陆法系，又称罗马法系、民法法系、成文法系。大陆法的一个突出特点是强调成文法的作用。它在法律结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性，在立法方法是运用几个大的法律范畴把各种法律规则分门别类地归纳、总结在一起。这种结构分类的特点在法学与立法中均有不同程度的反映。

（1）大陆法各国都把全部法律分为公法和私法两个部分

大陆法各国把全部法律分为公法和私法两个部分，这种分类法源自罗马法。公法是指与国家状况有关的法律，私法是指与个人利益有关的法律。根据现代法律发展的状况，大陆法国家进一步把公法细分为宪法、行政法、刑法、诉讼法与国际公法；把私法分为民法与商法等。这样，因为大陆法各国在这些法律领域中都使用相同的法律制度与法律概念，所以，在大陆法国家之间，虽然语言有所不同，但是它们之间的法律词汇却可以准确地互相对译，只要掌握了一个大陆法国家的法律，就很容易举一反三，了解其他大陆法国家的法律。

（2）大陆法各国都主张编纂法典

法国资产阶级革命胜利后，曾先后颁布了五部法典：民法典、民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典。其他大陆法国家也制定了类似的法典，但是各国在法典的编制体例上却不完全相同。有些大陆法国家把民法与商法分别编纂成两部独立的法典，采取民商



分立的编纂方法；有些大陆法国家则采取民商合一的编纂方法，即把商法并入民法典中，作为民法典的一个组成部分。早期公布的大陆法法典中，法国与德国都采取了民商分立的编纂方法，即在民法典之外，还颁布了商法典；瑞士、意大利与荷兰等国家则采取民商合一的方法编纂法典。但是，无论是民商分立还是民商合一，都只是形式上与法律结构上的区别，实际上，民法与商法依然是两个不同的法律部门，即使在所谓民商合一的国家，它们在大学法学院的教学，还是把民法和商法列为不同的学科课程进行教学。

2. 大陆法系的形成

大陆法作为一个法律体系，出现于13世纪的欧洲，它是欧洲政治、经济、文化发展史的一个组成部分，它的形成是一个漫长复杂的过程。

大陆法体系的形成受到罗马法的深刻影响，大陆法国家中有些国家的法典就直接继承了罗马法的精神与传统。罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律，即从公元前6世纪罗马国家形成时期起，到东罗马帝国从奴隶制转变成封建制时为止的整个历史时期的法律。其中主要是指从公元5世纪罗马最早的成文法——《十二铜表法》开始到公元6世纪东罗马帝国皇帝优士丁尼安编纂的《国法大全》（Corpus Juris Clivilis）为止的这一时期的法律。从公元3世纪开始罗马帝国分为东西两个部分，公元476年西罗马灭亡，西欧大陆开始进入封建时代，但东罗马帝国还维持了一个阶段，而且在罗马法发展史上占有重要地位。东罗马皇帝优士丁尼安（公元527—565年）继位的第二年就下令把罗马法予以系统化，并着手进行法典编纂工作。公元533—534年先后公布了三部法律汇编：

- 《学说汇编》（Digest），它收集了罗马历史上40名著名法学家著作的片断，汇编成50卷，于公元530—533年编纂完成。
- 《法学阶梯》（Institute），是一部法学教本，共有4卷，于公元533年完成。
- 《优士丁尼安法典》（Code），是当时具有历史意义的历代皇帝敕令的汇编，共12卷，第一版（失传）于公元529年完成，534年公布其修订版。

另外，还有一部由私人编纂的法律汇编《新律》（Novels），是优士丁尼安及其后继者颁布的敕令汇编。以上四种法律汇编被称为罗马的《国法大全》，它集罗马法之大成，包括了罗马法的基本原则与制度，既包括公法也包括私法，是研究罗马法的重要文献。

到公元10世纪，欧洲在政治上和经济上开始发生深刻变化。意大利的一些城市，例如威尼斯，已开始成为地中海贸易的重要港口，地中海和西欧北部沿海地区商业和贸易迅速发展，这就要求建立一种统一的、普遍适用的法律，从而为罗马法的复兴提供了客观条件。意大利从11世纪开始就在大学里讲授罗马的《国法大全》并最早接受罗马法，从而为罗马法在西欧的传播起了很大的推动作用。1804年颁布的《法国民法典》，即《拿破仑法典》，被恩格斯称为“资产阶级社会的典型的法律全书”。这部法典在结构上以《法学阶梯》为依据，在内容上深受罗马法的影响。1900年颁布的《德国民法典》有“现代罗马法”、“现代学说汇编”之称。其他欧洲国家如西班牙、比利时、荷兰、波兰、瑞士，以及某些亚洲国



家，如日本的法律和法学，也都直接或间接地受到罗马法的影响。

到了资本主义、帝国主义时期，随着殖民主义的扩张，各殖民地宗主国把自己的法律体系带到各殖民地国家，使大陆法扩展到世界各地，从而在世界上形成了大陆法系。现在，西欧的绝大多数国家，整个拉丁美洲国家，非洲的一部分国家，近东的有些国家都属于大陆法系。此外，在属于普通法系的国家中，有些国家的个别地区，如美国的路易斯安那州、加拿大的魁北克省，因为曾经是法国的殖民地，因此也属于大陆法系，英国的苏格兰也属于大陆法系。在亚洲，日本与土耳其等国家引入了大陆法；中国的台湾地区也属于大陆法系。

3. 大陆法的渊源

大陆法国家都强调成文法的作用，但是，这并不是说，在大陆法国家，法律就是法的唯一渊源。大陆法国家除了法律以外，还有其他重要的法的渊源。从总体上看，大陆法受到罗马法的深刻影响，有的国家的法典就直接继承了罗马法的精神与传统。除了罗马法的重要影响之外，大陆法的渊源主要有以下四个。

（1）法律

法律是大陆法的主要渊源。这种观点在 19 世纪取得绝对优势，因为当时几乎所有大陆法国家都编纂了各种法典，并公布了成文宪法，成文法已经相当完备。这里所谓的法律或成文法是指制定法，包括宪法、法典与条例等。

1) 宪法 (Constitution)。就法律地位而言，宪法具有最高的权威性。但是，在大陆法国家中，各国宪法的效力与地位也有差异。在有些大陆法国家，宪法可以根据一般立法程序制定与修改，宪法的效力与普通法律没有差别。另一些国家则认为，宪法是根本法，宪法不同于普通法律，宪法的效力优于普通法律，因此，宪法必须经过特殊程序才能制定或修改，并且建立了一套监督违宪的制度，对其他法律是否符合宪法进行监督。但是，负责监督的机构以及监督的方式各国也有所不同。在日本和某些拉丁美洲国家，像美国一样，任何法官都有权宣布某项法律违宪，从而拒绝予以执行。而欧洲的一些国家，例如，意大利与奥地利等国家，则设有专门的宪法法院，其他法律是否违宪必须经由宪法法院审查宣布。一般法院如果对某项法律是否违宪有所怀疑，只能中止诉讼程序，申请宪法法院予以裁决，无权自行宣布某项法律违宪。

2) 法典 (Code)。法典在大陆法国家具有非常重要的作用，是大陆法的主要渊源。所谓法典，是把有关同一类内容的各种法律规则与原则加以收集，使之系统化，汇编为一个单一的文件。大陆法系的各个国家都制定了一系列法典。例如，法国的《民法典》、《刑法典》、《商法典》、《民事诉讼法典》与《刑事诉讼法典》等。

3) 条例 (Regulation)。除了由立法机关制定的法律之外，大陆法国家还有许多由行政机关制定的成文法，这种成文法称为条例。这些条例有两种情况：一种情况是在某项法律的既定范围内并为实现该项法律而制定的，立法机关只确定原则与一般规则，而把细则留



待行政机关做出具体决定；另一种情况是由宪法授予行政机关以制定条例的权力，例如，法国宪法承认行政机关有制定条例的权力，而德国只承认行政机关可以在法律的既定范围内制定有关的条例。

（2）习惯

习惯（Custom）是指社会共同生活长期形成的各种惯例，是对法律的重要补充。有些法律必须借助于习惯才能被人们理解，立法者在其制定的法律中所使用的某些概念有时也必须参照习惯才能理解其含义。例如，一个人的行为在什么样的情况下才构成“错误”，什么样的标记才构成“签名”，以及什么是“合理期间”等，都必须借助于习惯才能加以确定。当然，不是所有的习惯均可以成为法律渊源的，习惯要成为法律渊源必须符合下列条件：① 悠久性；② 持续性；③ 自发性；④ 合理性；⑤ 确定性；⑥ 强制性；⑦ 一致性。与法律相抵触的习惯不能成为法的渊源。

一般来说，大陆法国家都承认习惯是法律的渊源之一。但是，法国法学界与德国法学界对习惯则持不同的态度。法国学者认为，自从制定法典之后，法律就是法的主要渊源，习惯的作用甚微。法国、意大利与奥地利等国家都认为，习惯只有在法律明文规定法官必须援用习惯的情况下才能使用。与此相反，德国与瑞士则把法律与习惯相提并论。但是，这只是理论上的分歧，实际上差别是不大的。

（3）判例

大陆法国家强调成文法的作用，原则上不承认判例（Case）具有与法律同等的效力。一项判决只对被判处的案件有效，对日后法院判决同类案件并无约束力。这是大陆法与普通法的主要区别。这是因为：① 法院只能在立法机关制定的法律框架范围内活动，判例只是对成文法的解释。《法国民法典》第5条明确规定，禁止法官发布一般性的条例并依此进行判决。其他大陆法国家都有类似的规定。因此，判例的适用范围是有限的，法官不能超越成文法律的框架通过判例创立新的法律规则。② 判例所形成的规则不具有与立法机关制定的法律相同的效力。法院不受判例的约束。法官在做出判决时，一般也不能援引判例作为理由，而且法院随时可以把过去的判例颠倒过来，法官在这样做的时候无须申明其理由。

但是，也有一些例外的情况，有的国家规定法官应受某种判例的约束。例如，德国规定联邦宪法法院的判决在《联邦公报》上发表后即具有约束力，并且承认由“经常的判例”所形成的规则即属于习惯法规则，法院应予以实施。又如，阿根廷与哥伦比亚最高法院关于宪法的判决，以及瑞士联邦法院关于宣布某个州的法律违宪的判决都具有约束力。西班牙把最高法院多次判决形成的判例称为“法理”，日后如果遇违反该项“法理”的判决，则可以向最高法院提起上诉。这说明进入20世纪后，判例在大陆法中具有较强的说服力，其作用具有日益增强的趋势。

（4）学理

学理对立法与司法具有较大的影响：① 学理为立法者提供法学理论、法律词汇与法律



概念，通过立法者的活动，制定为法律；② 对法律进行解释，并对判例进行分析与评论；③ 通过法学家的著作，培训法律人员，影响法律实施的过程。一般而言，学理不是法的渊源，但是，在大陆法发展的过程中，学理起着重要的作用。

4. 大陆法国家的法院组织

大陆法各国的法院组织虽然各有特点，但是也有一些共同之处，主要表现在：法院的层次基本相同；各国除普通法院以外，都有一些专门法院与普通法院同时并存。

各国法院分为三级，即第一审法院、上诉法院与最高法院。有的国家根据诉讼的性质与金额的大小设立各种不同的第一审法院。在有的国家，除普通法院外，还设有商事法院、亲属法院与劳动法院，专门受理有关商务关系、家庭关系与劳资关系的案件。商事法院限于第一审法院，所以，并不成为与普通法院并行的体系。有些国家，如意大利、荷兰、葡萄牙与巴西等国家，已取消了商事法院，把这类案件移交普通法院受理。上诉法院主要受理对第一审法院判决不服的上诉案件，但是对可以提出上诉的条件，各国有不同的规定。关于最高法院，有的国家是上诉审法院或再上诉审法院；而有的国家则规定，最高法院只能维持或撤销原判决，不能进行实体审理。

此外，有些国家，如德国、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡与瑞典等，还设有行政法院并构成独立的审级层次；有些国家，如西班牙、瑞士及大多数法语非洲国家，虽然设有行政法院，但是隶属于最高法院行政诉讼庭，没有形成独立的审级层次；有些国家，如日本、丹麦、挪威、阿根廷、巴西、智利与秘鲁等，则不设行政法院。有些国家除设有行政法院系统外，还有其他一些独立的司法机关，如德国设有劳动法、税法的最高联邦法院，瑞士设有关于海关法、军事法、社会保险法等联邦法院。有些大陆法国家实行联邦制，其法院组织体系更为复杂，往往在州法院之上还设有联邦法院。

1.2.2 普通法系

1. 普通法的特点

普通法与大陆法不同，不是成文法而是“判例法”（Case Law），它主要来源于习惯法，实际上表现在法官的判决中，以判例的形式出现。英国和美国是普通法系的代表，因此普通法系又称英美法系。

普通法具有与大陆法不同的明显特征。首先，它强调判例的作用，英美法系国家的法官在审理案件时首先研究过去类似案件的判例，从中抽象出手边案件的一般法律准则，然后按照这个准则审理案件，强调审判要遵循“先例”即判例。其次，法官在判决以后很可能形成新的判例而进入法律体系，从而可以迅速地将新的社会法律现象纳入法律体系中，这是成文法做不到的。另外，英国法在历史上的另一个特点是重视程序法（Adjective Law）。在英国普通法中，每种诉讼都有固定的程序和专门的术语，不得在另一种诉讼程序中使用。



2. 普通法制的形成

普通法形成于英国，它经历了一个很长的历史时期。公元5世纪中叶，盎格鲁人、撒克逊人和丹麦人（统称盎格鲁-撒克逊人）等日耳曼部落，从欧洲大陆进入不列颠，建立了十几个王国。公元827年威赛克斯王国的爱哥伯特统一全境，建立了统一的英吉利王国。在这个时期，英国实行的是盎格鲁撒克逊习惯法。这种习惯法属于日耳曼习惯法，是一种分散的地方性的法，各地区有各地区的习惯法，没有全国统一法律。

公元1066年，诺曼底的威廉国王征服了英国，自立为英国国王，建立了中央集权的王朝。诺曼底人的入侵加速了英国封建化的进程，使封建制度在英国得到迅速的建立、巩固和发展。

诺曼底人征服英国以后，英国国家制度的一个特点就是王权比较强大。因此，英国能够比较早地建立起一套全国性的、集中管理的、适用习惯法的法律体系，这对英国普通法的形成是具有重大意义的。由威廉国王建立起来的国王法院的权力，在12世纪以后继续得到加强。从亨利一世（公元1100—1135年）起，国王开始派遣官员到各地的地方法院审理案件。到12世纪末，国王法院通过巡回法官到各地审理案件，削弱了封建领主法院的作用，使国王法院成为英国最具有势力的政治机构之一。国王法院所适用的法律很快就成为普遍适用于整个国土的法律。在自亨利一世继位至亨利三世逝世（公元1100—1272年）这段期间，国王法院逐步形成了一种全国普遍适用法律——普通法。

罗马法对英国法律有一定的影响。首先，是教会法的影响。教会法原来是由罗马天主教会实施的法律，其渊源主要是罗马法。直到公元1530年亨利八世使英国与罗马教会分离，英国的教会法与欧洲大陆各国的教会法是相同的。教会法院主要管辖家庭关系、遗嘱继承和海事方面的案件，在这些领域中，罗马法对英国普通法的形成有很大影响。其次，是商法的影响。商法是从事贸易的商人之间的一种国际习惯法。在13世纪时，英国商人就有自己的国际习惯法，并有专门的商事法院，设在集市附近，处理有关商事案件。1756年，孟斯菲尔德法官成为王座法院（King's Bench）的首席法官，他通过具体的商事惯例做出特别判决，把商业惯例吸收到普通法里去。18世纪以后，商法被吸收到普通法里去，成为普通法的一个组成部分。英国的商业习惯法同欧洲各国的商法基本上是一致的，受罗马法的影响很大。另外，英国的衡平法也深受罗马法的影响。历史上，衡平法院的法官曾经多由精通罗马法的僧侣担任，而他们又可以参酌罗马法的规定来处理案件，因此罗马法就渗入了衡平法。

普通法于英国形成后，随着殖民统治扩展到美国及其过去曾受英国殖民统治的国家与地区，主要包括加拿大、澳大利亚、新西兰、爱尔兰、印度、巴基斯坦、马来西亚和新加坡。南非原属大陆法系，后被英国吞并，受英国法的影响，是大陆法与普通法的混合体，斯里兰卡也有相似的情况。菲律宾原是西班牙殖民地，属大陆法系，后来随着美国的入侵，引进了英美普通法的因素，所以，菲律宾也是一种混合体。中国香港地区也属于普通法系。



但是，联合王国的苏格兰、美国的路易斯安那和加拿大的魁北克却不是普通法系，而属于大陆法系。

3. 普通法的结构

英国和美国是普通法系的代表，但其法律也有许多共同之处，例如，两国都以判例作为法的主要渊源，都有普通法与衡平法（Equity）之分，但是两国的法律在自身的发展过程中也各自形成了一些不同的特点。

（1）英国法的结构

英国法在法律结构上的一个主要特点是二元性。与大陆法不同，英国法不是把法律明确地分为公法与私法，而是分为普通法与衡平法。

“普通法”一词具有不同的含义。首先，就广义而言，它是指12世纪以后通行英格兰的法律，它是在中央集权下形成的，是国王统治下的国家法院统一适用的，有别于英格兰领主法院等适用的习惯法，也有别于只适用于特殊阶层和行业的商人法。其次，就狭义而言，它是指12世纪后由英格兰皇家法院所创立、适用和加以发展的判例法，在表现形式与产生的途径上，它区别于来自立法机构的制定法；在适用的主体上，它区别于由衡平法院所适用的衡平法。此外，从比较法的角度而言，普通法泛指以英格兰法为基础和以判例法为主要法律渊源的国家或地区的法律制度，相对于以制定法为基础的民法体系的国家或地区的法律制度。

总之，普通法系是一个以英格兰普通法为基础而形成的世界性法律体系，是当代世界主要法系之一。

衡平法在英国出现于14世纪。当时英国的商品货币关系进一步发展，社会关系更为复杂，出现了许多以前所未有的法律关系。普通法因其严格的审理程序而不能满足调整这些法律关系的要求。普通法是由法院通过一定的诉讼形式发展起来的，当事人要向法院起诉必须请求国王枢密大臣（Chancellor）发给一种书面的“令状”（Writ）。每种令状都有固定的程序，如诉讼事项、能否委托代理人出庭、收集证据的条件、执行判决的办法等，如不符合要求法官概不受理。开始时这种令状的数量不多，后来由于客观需要日益增多。这种情况引起贵族的不满，在13世纪时，他们要求国王不再增加令状的数量。因此，如遇到某种讼争无适当的“令状”可兹依凭时，当事人就无法得到救济。在这种情况下，当事人就请求国王给予解决，国王命令枢密大臣审理这类案件。枢密大臣审理这类案件时有自由裁量权，可以不受普通法的约束，而是根据所谓“公平与正义”的原则做出判决。这些判决就逐渐形成了“衡平法”。

普通法与衡平法有很大的区别，其主要表现在以下几个方面。

1）救济方法（Remedies）不同。普通法只有两种救济方法，一种是金钱赔偿（Relief in the Form of Money），另一种是返还财产（Restoration of Property）。其中以金钱赔偿为主要的救济方法。衡平法在普通法的基础上发展了一些新的救济方法，主要有实际履行、禁令等。



实际履行 (Specific Performance), 有时又称为依约履行, 即衡平法院可判令负有义务的一方当事人按照合同的规定履行其应负的义务, 但以因违约而遭受的损害不能以金钱赔偿得到满足, 或者损害的金额无法确定者为限。

禁令 (Injunction) 是指衡平法院可以做出判决, 命令当事人做或不做某种行为, 以防止不法行为和违约行为的发生。衡平法院一般就如下情况可以发出禁令: 防止不法损害动产或不动产; 防止违约行为发生; 防止违反信托的行为; 防止官吏或政府机构的不法行为; 制止不法征收租税。

衡平法的这些救济方法得益于英国合同法的发展和衡平法“公平正义”的审判原则。13 世纪, 英国还没有合同法, 也没有合同的令状。国王法院在审理有关合同争议的案件时只能借用当时已有的其他令状来进行, 其中主要是利用 Writ of Trespass, 即侵权行为的诉讼。这种诉讼主要是指当事人由于过失侵犯了他人的权利, 使他人人身或财产遭到损害时的诉讼, 救济方法主要是判付一定的金钱给受害方。这种救济方法在大多数情况下可以满足当事人的要求, 但在有些情况下则不能, 例如, 有关土地和房屋等不动产交易, 古董、字画等特定物的买卖等。另外, 普通法对于有发生不法行为或违约行为之虞的情况, 不能预先采取防止措施, 当事人只能等待不法行为或违约行为发生后, 才能向法院诉请损害赔偿, 这显然不能适应英国当时的社会经济生活发展要求。在遇到这些情况的时候, 当事人得不到适当的救济, 就向衡平法院要求给予特别的救济方法, 于是, 衡平法院根据“公平正义”的审判原则, 做出实际履行或禁令等合适的救济方法判决, 以满足当事人的合理要求。

2) 诉讼程序不同。衡平法院有自己的诉讼程序与证据规则, 它与普通法法院的不同之处主要在于: 第一, 普通法院有陪审团制度, 衡平法院不设陪审团; 第二, 普通法院听取口头答辩, 采取口头试问方式审理案件, 而衡平法院则采取书面诉讼程序, 总的来说, 衡平法院的诉讼程序比较灵活。

3) 法院组织系统不同。从 14 世纪后半叶起, 衡平法院就成为独立的法院, 此后在一个相当长的时期内, 英国出现了普通法院和衡平法院并存的局面。直到 1875 年颁布了法院组织法, 才取消了普通法与衡平法的划分, 建立了统一的法院体系, 普通法和衡平法都由同一法院适用, 而且把衡平法优先于普通法的原则在法律上规定下来。经过这次改革, 在高等法院内设有王座法庭 (Queen's Bench), 适用普通法的诉讼程序; 另设有枢密大臣法庭 (Chancery) 适用衡平法的书面诉讼程序。现在确定某种案件是由王座法庭还是枢密大臣法庭管辖时, 主要考虑适用何种诉讼程序更合适。

4) 法律术语不同。衡平法法院在司法活动中使用自己所特有的法律术语, 以避免与普通法院发生冲突。例如, 在衡平法中, 起诉称为 Suit 而不称为 Action, 权利称为 Interests 而不是 Right, 判决称为 Decree 而不是 Judgment, 判令支付金钱损害赔偿称为 Compensation 而不是 Damages 等。为了适应这个特点, 英国的律师和法官也分为两类, 一类是普通法的



律师和法官，另一类是衡平法的律师和法官，他们受不同的训练，用不同的方法处理不同的案件。这些情况是大陆法国家所没有的。

在英国，衡平法与普通法的管辖权合并之后，虽然这两种法律互相吸引的趋势更加明显，但是两者并没有融合，仍有普通法与衡平法之分。它们就像“并行于同一渠道的两股水流”，并“没有混为一体”。

（2）美国法的结构

美国属于普通法系。美国与英国一样，以判例法作为法的主要渊源，把成文法看作对判例法的补充或修正。美国法采用英国法的范畴、概念与分类方法，也存在普通法与衡平法之分，这是美国法与英国法的相同之处。但是，由于美国是联邦制国家，在美国法律中，既包括联邦法，也包括州法。因此，美国法律的结构与英国法律的结构又有很大的差异。

美国的法律分为联邦法与州法两大部分，这是美国法律结构的一个主要特点。美国联邦宪法对联邦与各州的立法权都做了明确的规定。根据 1791 年美国《宪法修正案》第 11 条的规定，凡是宪法未授予联邦或未禁止各州行使的权力，均属于各州。这就是说，各州的立法权是原则，联邦的立法权属于例外。各州保留了相当大一部分立法权。但是，联邦的法律高于各州的法律，如果州法与联邦法相抵触时，则应适用联邦法。在民商立法方面，联邦的立法权范围主要包括银行、工业、国际贸易、州际贸易、专利权和税收等事宜。但是，即使在上述范围内也不排除各州的立法权。各州不得在联邦立法权范围内制定与联邦法律相抵触的法律，但是可以制定补充内容或附加性的法律。例如，联邦有联邦的税法，各州也有各州的税法。

由于美国的特殊历史条件，使各州在立法方面享有很大的权力。尽管进入 20 世纪以后，联邦的立法活动大大增多，联邦法的作用不断上升，但是在日常生活中，州法仍然起着十分重要的作用。

4. 普通法系的渊源

（1）英国法的渊源

从历史上看，英国是判例法国家，因此，判例法无疑是英国法的主要渊源，成文法即制定法则处于次要地位。

1) 判例法。判例法是英国法的主要渊源。它是由英国高等法院的法官以对案例判决的形式确立和发展起来的重要法律规则。判例法的一个主要特点是，法院在判决中所包含的判决理由必须得到遵循，即对做出判例的法院本身和对下级法院日后处理同类案件均具有约束力，否则就谈不上判例法。这就是在 19 世纪上半叶所确立的“先例约束力原则”（Rule of Precedent）。这项原则包括以下三个方面的内容：一是上议院的判决具有先例约束力的先例，对全国各级审判机关均有约束力，一切审判机关均必须遵循。过去，上议院本身也必须受其所做出的先例的约束，但是 1966 年英国枢密大臣宣布，以后上议院可以不受其先例的约束，使上议院可以根据形势的发展变化改变它以前所做出的先例。二是上诉法院的判决可



以构成对下级法院具有约束力的先例，而对上诉法院本身也有约束力。三是高等法院每个庭的判决对所有低级法院具有约束力，对高等法院的其他各庭以及对王冠法院也有很强的说服力。

由此可见，只有上诉法院、高等法院与上议院的判决才能构成先例，才具有约束力，至于其他法院或准司法机关（各种委员会）的判决只具有说服力，而没有约束力。说服力与约束力是两个不同的概念：具有约束力的先例是必须遵循的，而具有说服力的判决则可以由法官根据具体情况酌情处理。

在英国，不是所有的判决都能成为判例，只有那些涉及新的问题、新的社会法律现象的判决才能予以公布，成为判例。上议院只公布判决的 5%，上诉法院只公布 25%，高级法院只公布 10%。英国法院数百年来公布的判例汇编数量十分可观，到 20 世纪初，英国的判例汇编就已达 1 800 多卷，如此庞杂的判例，给学习和掌握英国法带来了很大的困难。

2) 成文法。成文法，也称为制定法 (Statute Law)，是英国法的重要渊源。成文法包括两种：一种是由立法机关即议会制定的法律；另一种是由行政机关根据法律制定的条例。但是，由于英国法从历史上说主要是判例法，根据英国的传统理论，判例法是基础，成文法只是对判例法所做的补充与修正。据此认为，法律规则应当包含在高等法院判决的“判决理由”之内。因此，即使议会制定的成文法，也必须经过法院判决加以解释，重新予以肯定，甚至在某些情况下加以曲解才能被吸收到英国的法律体系中去。虽然这种理论在 20 世纪后已经有了很大的改变，但这种法律传统仍然有一定的影响，成文法还是只有通过判例法才能起作用。这是英国法的又一特点。

3) 习惯。在盎格鲁撒克逊时代通行习惯法，习惯是当时法的主要渊源。但是，在英国普通法形成的过程中，法的渊源是判例法而不是习惯法。因此，习惯现在在英国法律中所起的作用极小。根据至今仍然有效的 1265 年的法律，只有那些在 1189 年时已经存在的地方习惯才有约束力。因此，只要能证明在 1189 年时不可能存在此种习惯，该习惯就不能被认为有约束力。

(2) 美国法的渊源

1) 判例法。美国与英国一样，都属于判例法国家，判例法是美国法的主要渊源。但是，自 19 世纪末以来，成文法的数量大大地增加，成文法在社会生活中的作用越来越重要。因此，有些美国法学家认为，现在的美国法律制度既不是纯粹的判例法，也不是完全的成文法，而是一种混合的制度。虽然如此，美国至今仍然强调判例法，即使成文法，也要通过法院判决的解释才能发挥作用。尤其是在私法方面，主要是由判例法组成的。

19 世纪以来在英国形成的“先例约束力”原则，在美国也同样适用。但由于美国是联邦制国家，存在联邦法与州法的区别，因此，在适用先例约束力的原则时，美国有其自身的特点。

美国的先例约束力包括：第一，在州法方面，下级法院必须受其上级法院判例的约束，尤其是州最高法院判例的约束；第二，在联邦法方面，必须受联邦法院判例的约束；第三，



联邦法院在审理涉及州法院办理的案件时，必须受相应的州法院判例的约束，但是以该判例不违反联邦法为原则；第四，联邦与州的最高法院不受其以前确立的先例的约束，可以推翻过去的先例，并且确立新的法律原则。

美国法律制度的发展，是成文法与判例法相互作用的结果。一方面，立法机关可以通过成文法，改变判例中某些已经过时的法律规则，使法律适应经济与政治发展的要求；另一方面，成文法又必须经过法院判例予以解释的法律规则才是适用的法律。如果立法者认为法院的判例偏离立法的目标太远，他们可以制定新的法律加以匡正。

2) 成文法。美国有两种成文法，即联邦的成文法与各州的成文法。在联邦法律中，美国宪法占有十分重要的地位。美国联邦最高法院对宪法有解释权。美国最高法院认为，宪法不同于一般法律，而是一切法律之源。美国的所有法律，包括判例法，其理论都来源于宪法。因此，凡违反宪法的法律或判例，美国各法院都有权拒绝执行。美国最高法院在解释宪法时，采用所谓“弹性条款”（Elastic Terms）的解释方法，这样就便于最高法院的法官可以根据社会经济条件的发展变化，将那些已经落伍的法律加以抛弃。

自19世纪末以来，美国联邦与各州的立法活动都大大加强，尤其是在社会经济与立法方面，呈现了成文法取代普通法的趋势。最典型的是关于反托拉斯法，从1980年颁布的《谢尔曼法》开始，都是以联邦法制定的有关成文法律为准绳的。

5. 英美国家的法院组织

(1) 英国的法院组织

英国的法院组织十分复杂。它首先把法院分为高级法院与低级法院两种。高级法院称为高等法院（Supreme Court of Judicature），1972年改组以后，高等法院分为三个部分，即高级法院（High Court of Justice）、王冠法院（Crown Court）和上诉法院（Court of Appeal）。其中高级法院又分为三个庭，即王座法庭、枢密大臣法庭和亲属法庭。在王座法庭内设有海事法庭（Admiralty Court）与商事法庭（Commercial Court），在枢密大臣法庭内设有公司法庭与破产法庭。每个法庭都有从律师中选任的专业法官并有特殊的诉讼程序。这些高级司法机关都设在伦敦威斯特明斯特。高级法院作为第一审法院时，由独任法官审理，对于民事案件在例外情况下有陪审团参加。王冠法院成立于1971年，负责审理有关刑事方面的案件。上诉法院是高等法院内的第二级审判机关，原则上由3名法官组成合议庭审理案件。对于上诉法院的判决如有不服，在例外的情况下，可以向上议院（House of Lord）的上诉委员会上诉。上议院的上诉委员会只受理联合国范围内的案件。有时，上议院上诉委员会的法官与海外领地的法官共同组成枢密院司法小组（Judicial Committee of the Privy Council），受理对海外领地最高法院的判决的上诉案件和未排除这种管辖权的英联邦各成员国（如新加坡等）最高法院的判决的上诉案件。

高级法院与王冠法院在上诉法院和上议院的监督下，享有全面的审判权，当事人可以直接向这两个法院起诉。但为了避免案件太多造成拖延积压，凡认为可以由低级法院受理



的案件，一般都指定由低级法院受理。高等法院有权自己制定诉讼法。英国的“高等法院诉讼规则”（Rules of the Supreme Court）就是由法官制定的。英国的法官和律师主要是把注意力集中于高等法院，因为这些法院不仅仅是审理案件，而且它们的判决在某些情况下可以构成先例，对它们以及对下级法院日后处理同类案件都具有约束力。

英国的低级法院主要有郡法院（County Court）和治安法院（Magistrate Court）。郡法院负责审理民事案件，主要是涉讼金额比较少的案件。这些法院的法官称为巡回法官，主要从律师中选任。治安法院负责审理轻微犯罪行为的案件，这种法院的法官称为治安法官。这些法官在亲属法方面（如夫妻分居、赡养义务、儿女监护等）也有审判权。对郡法院的判决如有不服，可直接向上诉法院上诉；对治安法院的判决如有不服，可向王冠法院或王座法院上诉。

英国没有一套独立的行政法院，这点是与大陆法国家不同的，但近些年来英国也出现了各种名为委员会（Board, Commission）的准审判机关，主要受理有关经济（空运、陆运、商标权、著作权、有价证券）、税务（所得税、土地税、偷税漏税）、征用不动产和社会福利方面的案件。这些准审判机关大多同一个相应的行政机关结合在一起，但也有一些是完全独立的。它们具有低级法院性质，都受高等法院的监督。

此外，英国不设检察官制度。其理由是，检察官出席法庭会破坏司法独立的原则，而且会破坏刑事案件的原告人与被告人的平等地位。当然这只是表面现象，实质上，在资本主义国家，无论是法官还是检察官都是代表资产阶级利益的，设立检察官制度与否并不影响法院作为资产阶级专政工具的职能。

（2）美国的法院组织

美国的法院组织也反映出联邦制的特点，设有联邦法院与州法院两套系统。

1) 联邦法院。美国的联邦法院不同于联邦德国、加拿大、澳大利亚和瑞士等国的联邦法院，后者的联邦法院是设在各级法院之上的，一般只受理上诉案件，不受理第一审案件；而美国联邦法院在许多情况下可以作为第一审级法院，受理第一审案件。

美国联邦法院主要有三种：地区法院（District Court）、上诉法院（U.S. Court of Appeal）和美国最高法院（U.S. Supreme Court）。地区法院共有 94 所，分设在全国各州境内。地区法院在审理案件时，实行独任制，由 1 名法官进行审判。上诉法院共有 13 所，是第二审级法院，上诉案件由 3 名法官负责审理。最高法院设在首都华盛顿，由首席法官（Chief Justice）1 人，法官（Associate Justice）8 人组成。最高法院是行使司法权的最高机构，其法官由总统提名经参议院 2/3 的多数同意后任命，并终身任职。最高法院在涉及国际法和一方当事人为州的案件中作为第一审法院，并作为对州最高法院判决后上诉案件的第二审法院。最高法院在审理案件时，由 9 名法官共同审理。除上述一般的联邦法院外，还设有特别联邦法院。如受理有关税收的联邦法院，以及受理涉及国家责任问题的案件的联邦法院（U.S. Court of Claims）等。此外，美国法律还授予某些联邦的行政机关（Administrative Agencies）



或委员会（Commissions）以审判权。对于这些机关的裁决如有不服，可向联邦上诉法院或美国最高法院提起上诉。

美国最高法院有一项很重要的权力，就是对法律是否符合宪法行使监督权。此项权力并不是来自美国宪法的规定，而是由美国联邦法院在 1803 年的一个判例中确立起来的。依据这项权力，美国最高法院不仅有权对联邦和各州的法律是否符合宪法进行监督，如认为某项法律违宪，可拒绝执行，而且有权对各种法院实行的判例法进行监督，如认为某个判例违反宪法，最高法院可以予以撤销。

2) 州法院。美国各州都有自己的法院系统，而且各州的法院设置有所不同。但一般来说，各州都设有两个审级，即第一审法院和上诉审法院。

美国各州的第一审法院主要包括两类法院：一类是有限管辖权法院（Court of Limited Jurisdiction），通常设在县、市，主要审理轻微的刑事案件和金额较小的民事案件，如违反治安、交通和金额在 1 万美元以下的案件。另一类是普通管辖法院（General Jurisdiction Courts），对涉及州法的一般民、刑事案件享有管辖权，如谋杀、强奸、盗窃等重大刑事案件和违约、离婚、抚养等民事案件，均由这类法院审理。

上诉审法院（Appellate Courts）包括州的上诉法院和最高法院。

3) 联邦法院与州法院的管辖权。联邦法院仅在美国宪法或国会法律授予审判权的范围内才有管辖权。在确定联邦法院是否有管辖权时，主要的依据是：第一，诉讼的性质，如凡涉及联邦宪法、条约的案件，联邦法院有管辖权；第二，当事人的状况，如凡涉及属于两个州的当事人之间的诉讼案件而且其诉讼标的金额在 1 万美元以上者，联邦法院有管辖权。除联邦法院管辖权范围外的案件，州法院都有管辖权。而且，即使属于联邦法院管辖权范围内的案件，当事人也可以向州法院起诉。但凡是第一审不属于联邦法院管辖的案件，对于州的第一审法院对该案所做出的判决，当事人不能向美国最高法院提起上诉。

1.2.3 西方两大法系的比较与演变

由于历史与文化传统等方面的差异，大陆法系与普通法系之间存在不同的特点与区别。在两大法系的发展过程中，两者都相互借鉴对方的优点弥补自身法律体系的不足，致使两大法系都有了相应的变化。

1. 大陆法系与普通法系的主要特点与区别

（1）法律渊源不同

普通法把判例法奉为法律的主要渊源，而在大陆法系中，法律的主要渊源是成文法或制定法，包括宪法、法律、法典与条例等。大陆法系各国虽然对先前的判例给予不同程度的重视，但是判例并不构成正式的法律渊源。

（2）变革速度不同

在大陆法国家，通过立法机构制定与颁布的法典或法规，可以实现迅速的、大规模的



法律改革或变化。而在普通法国家,却保留了比较多的传统法律制度,因而变革相对缓慢,并且具有保守性。

(3) 法官的作用不同

在法律的发展过程中,针对普通法与大陆法,法官的作用大不相同。在大陆法国家,法官只有适用立法机构所颁布法律的义务,而没有创造法律的权力。在普通法国家,虽然理论上声称,法官在司法中并不创造或增加法律,而只是发现和宣示寓于先例中的法律,但是在实践中,法官却发挥十分积极的作用。因为在英国和美国,更加强调司法的独立性,一般而言,法官的素质较高。在有先例可遵循时,法官可以通过加以区别的技术,对其进行限制性或扩大性的解释,从而发展先例中的规则;在没有先例可以遵循时,法官则可以创造先例。因此,普通法往往被称为“法官法”(Judge Law)。

(4) 法律体系不同

大陆法在结构上强调系统化、条理化、法典化与逻辑性。大陆法国家一般都把法律分为公法与私法两大部分。而在普通法国家,则不承认这种划分。普通法最基本的分类是普通法与衡平法,这种分类是由英国法发展的特定历史决定的。普通法没有像大陆法那样对法律进行系统的分类。在英国和美国没有一个独立的民法部门,而是分为财产法、契约法、侵权行为法等,它们在普通法内自成一体,彼此分立。因此,虽然普通法有具体的法律分类,但是与大陆法相比,这些分类内部之间缺乏系统结构与逻辑联系,体系显得庞杂。

(5) 法律程序不同

在大陆法国家,权利与义务关系由明确的法律规则预先加以界定,这些法律规则主要表现为实体法,因而实体法比程序法更受重视。与大陆法相比,普通法则更加强调程序法的重要性。普通法流行的原则是“救济先于权利”,最关心的是争端发生以后对当事人的救济,注意力集中在解决争议的方法技巧即诉讼形式上,而不是在用来做出判决的实体法规则上。

(6) 判决技术风格

在大陆法国家,法院的判决一般使用演绎法推理形式,简明扼要。在普通法国家,法院的判决传统上采用推理形式的归纳法。现在有时也使用演绎法,但是每项判决都很长,很像一篇法律论文,而且文字往往艰涩难懂。此外,在大陆法国家,判决是以整个法院的名义做出的,是集体的意见。而在普通法国家,判决是以法官的个人名义做出的,法官们对同一案件所持的不同意见也可以在判决汇编中得到详细的反映,但是在效力上,则以多数人的意见为准。

(7) 对经验与应用的重视不同

在大陆法的法律发展中,由于大学的法律教育,从事理论研究的法学家们发挥了极其重要的作用,因此,大陆法国家更加重视逻辑、抽象的概念与原则。而在普通法国家则相反,强调的是经验与法律的实际应用。正如美国著名大法官霍姆斯(Homes, 1841—1935)



所强调的：“法律的生命是经验而不是逻辑。”

2. 两大法系的演变

（1）大陆法系中的“判例法”的作用加强

大陆法系国家都强调成文法的作用，法官只能对法典做狭义的解释，把法律事实与法律条文生硬地“对号入座”。英美法系的法律学者常称大陆法的法官为“机器人”。

自 19 世纪末到 20 世纪初，大陆法系国家出现了许多新的法律现象，成文法典和法规是不可预见的，这就要求对法典和法规所确立的法律原则有所改变。法国最高法院首席法官巴罗·波培在庆祝民法典颁布 100 周年的仪式上宣布：当法典“条文含糊不清、意思可疑之处，当某条文加以限制或扩大及相互矛盾时，那么我认为法官有广泛的解释权，不必固执地追求法典起草人 100 年以前的原意，而应根据法国在思想、社会方式、体制、经济和社会条件已发生的变化来确定这些条文今天的含义，正义和理性要求把这些条文自由、合理地运用到现代化生活的现实中去”。此后，法国法官才有了对法律的扩展解释权，这样的判决对日后的类似案件当然有参考价值，同类判决多次出现就会形成某种具有指导意义的原则，例如“无过失原则”就是对《法国民法典》第 1382 条和第 1384 条“过失责任”原则扩展解释而确立的。因为随着科学技术的发展，企业规模的扩大，客观上要求雇主、委托人对其雇用人和受委托人在代行其职务时的侵权行为负绝对责任。《德国民法典》也规定了富有弹性的一般性条款处理案件，如“善良风俗”、“诚实信用”等，为法官自由解释和适用法律提供了很大的自由裁量空间。进入 20 世纪后，大陆法系国家对判例的态度有明显的变化，由于中央集权的日益加强，最高法院的地位也大大加强，最高法院对法律未作规定的案件的判决对下级法院具有重要意义。联邦德国公开明确地宣布：联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性的约束力。这样，在大陆法系国家就形成了两种判例，一种是通过最高法院对法律未作规定的问题为确立新的法律原则进行判决形成的判例；另一种是法官在案件审判中对某些法律条款做了扩展解释而创造某些法律原则的判例，这些判例与英美法国家的判例是不同的。

（2）英美法系的成文法数量日益增多

在英美等普通法系国家，尤其是在英国，数百年来法院公布的判例汇编数量巨大，众多的判例使判例法呈现难以学习和把握的特点。为了弥补这个不足，英美法国家加强了成文法的运用，自 19 世纪末到 20 世纪初以来，成文法的比重和作用不断上升，成文法也成了英美法的重要渊源。英美法系的成文法包括两种情况：一种是议会制定的法律；另一种是行政机关按照法律制定的条例。

据统计，英国从 19 世纪初到 20 世纪中期的 150 年间所颁布的法律，至今仍然有效的共 4 187 件，其中有 3 386 件是从 19 世纪中期到 20 世纪中期这 100 年间所颁布的，如 1882 年的《汇票法》、1893 年的《货物买卖法》、1906 年的《海上保险法》，就是这项工作的主要成果。此外，英国从 1870 年开始还进行了《法律修订汇编》的编纂工作，1878 年完成



了第一版,共15卷,包括1835—1868年国会颁布而未失效的法律;第三版共32卷,包括1835—1948年国会颁布而未失效的法律。但是,直到目前为止,英国仍然拒绝像大陆法国家那样编纂统一的刑法典、民法典和商法典。

小资料

1939年以来,英国为了适应社会经济、政治发展的需要,开展了大规模的立法活动,形成了一些新的法律门类,如劳动法、经济法等。但是,这些新的法律不是由普通法院来实施的,而由各行政委员会施行。这些准审判机关在其活动中不适用“先例约束力”的原则。它们虽然接受高等法院的监督,但高等法院对其做出的裁决只做程序上的审查,而不做实体法上的审查。因此,在这些法律部门中成文法起着很大的作用。

在美国,由于历史形成的原因,早期就受法国的一些影响,成文法的地位和作用比英国突出。美国是联邦制国家,除联邦有立法权外,各州根据联邦宪法的授权,州议会也享有一定的立法权。因此,美国有两种成文法,即联邦成文法和州成文法。联邦成文法主要是联邦宪法,州成文法除州宪法和刑法典外,大多数州已有刑事诉讼法典,半数的州也有了民事诉讼法典,个别州还有民法典。由于成文法的数量越来越多,法律的混乱状况日益严重,查找法律也十分困难。因此,从19世纪下半期起,美国开始进行联邦立法的整理编纂工作。1926年颁布了美国法律汇编,亦称为美国法典(United States Code),这是美国联邦法律的系统汇编,开始颁布时包括到1925年12月7日为止的全部有效法律,以后每年颁布一卷增补篇,收入当年国会通过的法律。1928年起规定对法律汇编每隔五年定期修改颁布一次,增补五年间所颁布的法律,删除已被废除的法律。汇编的第一版公布于1934年,第二版公布于1940年,现在仍继续定期公布。

美国进入帝国主义阶段后,由于各种社会矛盾的不断加深,危机此起彼伏,仅有国会立法已不足应付,在这种情况下,随着行政机关权力的日益扩大,行政命令的作用和地位日益提高,委托立法便应运而生,成了美国的一个重要的法律部门。1933年,罗斯福总统上台才3个月,委托立法就有70多个。第二次世界大战后,随着行政权力的进一步加强,委托立法的范围也愈发扩大。近几十年来,美国成立了各种各样的委员会,如“州际贸易委员会”(Interstate Commerce Commission)、“联邦贸易委员会”(Federal Trade Commission)、“联邦股票与交易所委员会”(Security and Exchange Commission)、“全国劳动关系局”(National Labor Relation Board)等。这些联邦的行政机构都有权制定规章、条例,并有权处理有关的争端。它们虽然受法院的监督,但它们在处理案件时可以不受先例的约束,并可以摆脱一般法院所采用的解释法律的方法。这些行政机构可以依据社会经济、政治发展的需要,及时制定各种条例,用以调整帝国主义时期瞬息万变的社会关系。因此,这些行



政机构所制定的规章、条例在当代美国社会生活中，尤其是在社会经济领域内起着十分重要的作用。

此外，1921年美国成立“协调州法全国委员会”（National Conference of Commissioners for Uniform State Law），其任务是向各州推荐统一的法律范本和拟制模范法典，使各州法律趋于统一。它先后向各州推荐了74部法律范本，并草拟了23部模范法典。1923年又成立了“美国法律协会”（American Law Institute），它虽是非官方团体，但由于参加协会者均为著名的法学家和律师，享有很高的权威，它曾与“协调州法全国委员会”合作，在20世纪50年代拟制出一部《统一商法典》。目前该法典为除路易斯安那州以外的所有州和除波多黎各以外的所有海外领土所采用。此外，该协会还把普通法分门别类地加以整理，将一些重要的法律原则加以汇编，取名为《法律重述》（Restatement of Law）。这些非官方团体的活动，对成文法的制定也产生了重要的影响。

（3）两大法系法律渊源的发展趋势

目前，两大法系法律渊源发展的情况是：英美法系国家，成文法日益增多，判例法有所减少，有些判例所反映的法律原则，通过立法，变成了成文法；大陆法系虽没有“遵守先例”的原则，但是在旧法条文已经不适用的情况下，特别是在法典没有明文规定的情况下，判例往往也成为法官判案的参考和依据。欧洲共同体法出现后，英国作为欧洲共同体的成员国，欧洲共同体法就成了英国法的一部分，并享有优先权，这就意味着英国法开始在某些方面与大陆法相会合，也标志着英国法接受了大陆法系的某些法律原则。那么，这种情况的出现，是否像法学界的某些人士所说的，两大法系已走向统一，并将逐步会合而成单一的西方法系了呢？事实并非如此简单，两大法系法律渊源的形成是由于历史传统、社会政治、经济状况、思想、文化发展等不同而长期演变的结果，它们发展的趋势也必将受这些客观条件的制约。因此，两大法系的重大差别还将长期存在，不会很快消失。上述事实只能说明两大法系的法律渊源正在逐步靠近，但并未统一，也不能认为它们已会合为单一的西方法系，这是因为：

1）英美法系国家虽然成文法在日益增多，但仍以判例法为主要法律渊源的这个特点，目前并未根本改变。成文法是否成为一个国家的主要法律渊源，不仅在于成文法的数量多少，而且还要看它的法律地位和效力。以美国的纽约州为例，仅该州的一个州的成文法数量就已超过了欧洲大陆任何一个国家，但它的法律渊源主要的并不是成文法，而是判例法。其问题的关键在于英美法系国家至今尚无大陆法系意义上的法典。也就是说，没有大陆法系国家那样的系统的部门法典，它们的成文法基本上都是单行法规。例如，美国虽然编纂了《美国法典》（United States Code），名为法典，实为法律汇编。

从英美法系国家的成文法效力来看，这些国家成文法或法典的颁布，并不意味着是一个新法律的开端，因为以前的同类法律或判例依然有效。例如，英国1969年制定的《青少年法》第4条规定，把刑事责任年龄由原来的10岁提高到14岁，但法官在实际判案时，



不执行新法的规定,仍恪守判例法所确定的刑事责任年龄始于10岁的规定。而大陆法系国家,法典的颁布生效,是法律制度上的一个新起点,在法典适用的范围内,一切旧法皆无效。例如,1804年颁布《法国民法典》的法令就清楚地指出,自本法生效之日起,罗马法、条例、一般的和地方的习惯、成文法,以及规则与本法所涉及的所有事宜(无论其为一般还是特殊)一律失去法律约束力。由此可见,法典的效力在英美法系国家和大陆法系国家是完全不同的。

2) 大陆法系国家的“判例法”并非英美法系国家意义上的判例法。从结果上看,虽然它们都是法官创制的法律,而且这种“法官法”都具有一定的约束力。但从创制法律依据来看,两者则有很大的差别。大陆法系国家的“判例法”是通过法官对成文法或法典的解释而形成的,“判例法”不过是成文法或法典的“派生物”,尽管在某些情况下,也有不依靠解释成文法或法典而由法院通过判决,进行法律创制的事例,但这只是个别的特殊情况。而英美法系国家的法官,则以先例为基础,通过推导,创制出新的法律原则;在无先例可循的情况下,则可通过审判活动创造出新的先例。由此可见,西方两大法系的判例法,既有相同之点,也有不同之处。

1.3 中国的法律制度概述

1.3.1 中国法律的渊源

中国的法律渊源主要有制定法与法律解释等。

1. 制定法

由各级立法机关制定的各种成文法是中国法律的最重要的渊源。中国实行中央与地方相结合的立法体制。根据宪法及有关法律的规定,全国人民代表大会及其常务委员会共同行使国家立法权,负责修改宪法,制定与修改法律;省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会有权制定各种地方性法规;国务院有权制定行政法规。作为法律渊源的制定法主要有以下五种形式。

(1) 宪法

1982年12月4日,第五届全国人民代表大会第五次会议通过了新的《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)。《宪法》序言中规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”因此,一切法律、法令、法规、决议与命令等均不得与宪法相抵触。宪法的修改必须经过特别的法律程序,应由全国人民代表大会常务委员会或者1/5以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的2/3以上多数通过方为有效。《宪法》由全国人民代表大会及其常务委员会监督实施。该《宪法》于1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议、1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议、1999



年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议和2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议进行修订。

（2）法律

广义的法律包括宪法及其他由全国人大及常委会分别制定的法律文件。狭义的法律仅指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的，主要规定与调整国家和社会生活某个方面问题的法律文件。法律从属于宪法，其效力仅次于宪法。法律分为基本法与基本法以外的法律。中国目前的基本法主要有选举法、人民代表大会组织法、国务院组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法、刑法、刑事诉讼法、民法通则、民事诉讼法与行政诉讼法等。此外，全国人民代表大会授权国务院对于有关经济体制改革与对外开放方面的问题，必要时可以根据宪法，在与有关法律和全国人民代表大会及其常务委员会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下，制定暂行的规定或者条例，并颁布实施。这种立法方式称为“授权立法”。

（3）行政法规

作为国家最高行政机关，国务院有权根据宪法与法律制定行政法规，发布决定与命令。国务院制定的行政法规直接调整全国政治、经济、文化与教育等各个方面的事项，其效力仅次于宪法与法律。

（4）地方性法规与经济特区法规

根据宪法的规定，省、自治区与直辖市人民代表大会及其常务委员会在不与宪法、法律和行政法规相抵触的情况下，可以根据本地区的实际情况和需要制定地方法规。其内容主要涉及当地的行政管理、维护社会秩序、市容卫生、交通运输与青少年保护等。各地制定的地方法规必须报全国人民代表大会常务委员会备案。

1979年以后，中国先后在广东的深圳、珠海、汕头与福建的厦门开办经济特区，在经济上实行特殊政策与措施。1981年11月，全国人民代表大会常务委员会授权广东省与福建省人民代表大会及其常务委员会根据各省经济特区的具体情况与实际需要，制定经济特区的各项单行经济法规。1988年4月，全国人民代表大会授权海南省人民代表大会及其常务委员会制定相应的法规。

（5）特别行政区的法律

1985年4月，全国人民代表大会批准了中国政府与英国政府关于香港问题的联合声明及其附件。中国于1997年7月1日对香港恢复行使主权，并设立中华人民共和国香港特别行政区。香港特别行政区直辖于中国中央政府，并享有高度自治权。中国对香港的基本政策已由《中华人民共和国香港特别行政区基本法》规定下来，并保持50年不变。香港特别行政区成立后，香港原有的法律（包括普通法、衡平法、条例、附属立法与习惯法等）基本不变。因此，香港特别行政区将实行的法律包括《中华人民共和国香港特别行政区基本法》、上述香港原有的法律体系与香港特别行政区立法机关制定的法律三类。



1987年4月11日,全国人民代表大会批准了中国政府与葡萄牙政府关于澳门问题的联合声明及其附件。中国于1999年12月20日起对澳门恢复行使主权,并设立澳门特别行政区。澳门特别行政区所实行的法律,其结构和类型与香港特别行政区的法律基本相似。1993年3月31日,第八届全国人民代表大会第一次会议通过了《澳门特别行政区基本法》。该基本法于1999年12月20日起开始实施。

2. 法律解释

中国法律的另一种重要渊源是,有权解释机关对现行法律或法规条文所做的解释与说明。法律解释通常分为立法解释、司法解释与行政解释。

(1) 立法解释

根据1982年《宪法》的规定,全国人民代表大会常务委员会对宪法与法律拥有解释权。凡是关于宪法与法律的条文本身需要进一步明确界限或做补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或以法律加以规定。省、自治区与直辖市人民代表大会常务委员会有权对地方性法规进行解释。

(2) 司法解释

对于法院审判工作与检察院检察工作中具体应用法律的问题,分别由最高人民法院与最高人民检察院进行解释。它们所做的解释对其下级人民法院与检察院的审判和检察工作均有约束力。

有关民事与经济法律的司法解释主要由最高人民法院做出。最高人民法院的司法解释主要采取两种形式:① 当一些重要的民事与经济法规颁布或实行一段时间后,最高人民法院常常对在具体适用该法律的过程中所遇到或可能遇到的问题提出综合性与系统性的意见,作为各级人民法院在审理有关案件时的指导。例如,最高人民法院在《民法通则》、《经济合同法》、《涉外经济合同法》与《继承法》等民事和经济法律实施后,都分别制定了关于贯彻执行这些法律的若干问题的解答或意见。② 针对下级人民法院就某个具体案件或疑问所请求解答的问题做出“批复”,对其中涉及的适用法律予以解释。

(3) 行政解释

国务院及其行政主管部门对有关法律与法规所做的解释称为“行政解释”。行政解释主要涉及两个方面的内容:对不属于审判与检察工作中的其他法律如何具体应用的问题所做的解释;国务院及其主管机关在行使职权时对国务院及其主管机关本身所制定的行政法规所做的解释。

3. 判例

历史上,中国的法律与法理都不认为判例是中国法律的渊源。最高人民法院及其他上级人民法院所做的判决对下级人民法院没有约束力。这点与欧洲大陆法系国家相似。但是改革开放以来,最高人民法院开始把一些被认为适用法律正确、判决证据与理由充分、处理得当、具有现实借鉴意义的法院判决,在《最高人民法院公报》上予以公布,并要求各



级人民法院加以借鉴。这是我国的司法制度开始借鉴和吸收判例法优点的具体表现，表明判例将在中国的司法实践中发挥日益重要的作用。

1.3.2 中国的司法制度

1. 人民法院组织

中国的法院分为最高人民法院、地方各级人民法院和专门法院。

（1）最高人民法院

最高人民法院是国家的最高审判机关，其主要职权包括：对地方各级人民法院与专门法院的司法监督；对全国重大刑事案件与在全国有重大影响的民事案件和经济纠纷案件的审判；对在审判过程中具体应用法律的问题进行司法解释。

最高人民法院设院长1人，副院长、庭长、副庭长与审判员若干人。下设刑事审判第一庭、刑事审判第二庭、民事审判庭、经济审判庭、交通运输审判庭、行政审判庭与告诉申诉审判庭等。

（2）地方各级人民法院

地方各级人民法院主要分为三个层级：基层人民法院、中级人民法院与高级人民法院。

1) 基层人民法院。基层人民法院按行政区划设在县级，主要负责审判刑事与民事的第一审案件；处理不需要开庭审判的民事纠纷与轻微的刑事案件；指导人民调解委员会的工作。

2) 中级人民法院。中级人民法院按行政区划设在地区级。根据《民事诉讼法》的规定，中级人民法院主要审理重大涉外案件以及在本辖区有重大影响的第一审案件；对基层人民法院移送审判的第一审案件；对基层人民法院判决与裁定的上诉案件和抗诉案件。

3) 高级人民法院。省、自治区、直辖市设高级人民法院。高级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭和其他审判庭，高级人民法院设院长1人，副院长、庭长、副庭长与审判员若干人。院长由省、自治区、直辖市人民代表大会选举产生，其他组成人员由本级人民代表大会常务委员会决定任免。高级法院审判的案件是，按法律规定由它管辖的第一审案件；下级人民法院移送审判的第一审案件；对下级人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件；人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件。

（3）专门法院

中国还设有军事法院、海事法院、森林法院、铁路运输法院、农垦法院与石油法院等专门法院。

2. 民事经济案件的审判制度

（1）合议制

根据《民事诉讼法》的规定，人民法院审理民事案件实行合议制，由审判员或陪审员共同组成合议庭。合议庭评议民事案件时实行少数服从多数的原则。人民法院还设立审判委员会，对重大与疑难民事案件的处理，由法院院长提交审判委员会讨论决定。简单的民



事案件可以由审判员一人独任审判。

(2) 调解机制

人民法院审理民事案件,着重进行调解。人民法院的调解是在查明事实与分清是非的基础上进行的。经调解,双方当事人达成协议后,由法院制作调解书。调解书在送达双方当事人后即具有法律效力。着重进行调解是中国民事审判制度的一个显著特点。根据最高人民法院的工作报告,民事与经济纠纷案件采用调解方法解决的,在历史最高水平时期,占这两类案件总数的70%以上。这在世界各国的司法实践中是少见的。

(3) 二审终审

人民法院审判案件,实行二审终审制,对地方各级人民法院的判决或裁决,当事人如果不服,则可以向上一级人民法院上诉。上一级人民法院可对上诉的案件进行第二审判决或裁定,在第二审判决或裁定后,当事人不得再进行上诉。与西方大多数国家的法院不同,中国第二审人民法院对上诉案件的审查是全面的,既包括对事实问题的审查,也包括对其所适用的法律问题的审查。

提示 当事人对已经发生法律效力判决与裁定,认为确实有错误的,可以向原审人民法院或者上级人民法院申诉。人民法院应予以复查,如果确实有错误,则由法院院长提交审判委员会讨论决定。

1.3.3 中国的民法、经济法与商法

1. 民法与《民法通则》

民法是调整商品经济关系的重要法律。党的十一届三中全会以前,由于计划经济的长期存在,我国民事立法一直未受到应有的重视,没有一套完整的民法典。各级司法机关处理民事纠纷主要根据相关国家政策与一些零散的单行条例。例如,1950年的《商标注册暂行条例》与《保障发明权与专利权暂行条例》,1963年的《发明奖励条例》与《技术改进奖励条例》等。党的十一届三中全会以后,全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会组成了民法起草小组,开始起草民法。至1986年,先后制定并颁布了《婚姻法》《专利法》《商标法》与《继承法》等一批单行民事法律。1986年4月12日,第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》),并于1987年1月1日起正式施行。从此,中国有了第一部民法典。2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议对《民法通则》中明显不适应社会主义市场经济和社会发展要求的规定做出修改。与大陆法系各国传统的“民法总则”相比,中国的《民法通则》在内容方面比较广泛,但比较概括与简明。

《民法通则》共有9章、156条:

第1章 基本原则(第1条至第8条)

第2章 公民(自然人)(第9条至第35条)



第3章 法人（第36条至第53条）

第4章 民事法律行为和代理（第54条至第70条）

第5章 民事权利（第71条至第105条）

第6章 民事责任（第106条至第134条）

第7章 诉讼时效（第135条至第141条）

第8章 涉外民事关系的法律适用（第142条至第150条）

第9章 附则（第151条至第156条）

《民法通则》规定，“民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”，即所谓的“横向关系”。在民事活动中，公民与法人的合法权益受法律保护，任何组织与个人不得侵犯；民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿与诚实信用的原则，应当遵守国家法律与政策，尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。以上这些内容构成了中国民法的基本原则，对商法也具有指导意义。

此外，1982年颁布并于1991年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》对民事案件的管辖权、司法委托、诉讼程序等做了相应的规定。

2. 经济法

在中国，党的十一届三中全会后，急需制定大量有关经济领域的法律。几十年来，中国相继颁布了大量的经济法律和法规，其中主要有中外合资经营企业法、森林法、环境保护法、外汇管理条例、统计法、审计法、税法等。中国的经济法主要调整政府对经济的管理、国家与企业之间以及企业内部等上下级“纵向关系”或行政管理关系。从比较法角度来看，中国的经济法比西方本来意义上的经济法在内容上和范围上均更广泛，包括西方商法和行政法中的某些内容。

3. 商法

在改革开放前，中国事实上有关商法的单行法律与法规很少。但是，自改革开放以来，中国的商事立法提到了议事日程，加快了立法的步伐。有关立法有1979年的《中华人民共和国中外合资经营企业法》，1980年的《中外合资经营企业登记管理办法》与《中华人民共和国国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》，1981年的《中华人民共和国合同法》，1983年的《中华人民共和国商标法》与《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》，1984年的《中华人民共和国专利法》，1985年的《中华人民共和国涉外经济合同法》与《中华人民共和国技术引进合同管理条例》，1986年的《中华人民共和国外资企业法》与《国务院关于鼓励外商投资的规定》，1987年的《中华人民共和国技术合同法》，1988年的《中华人民共和国全民所有制企业法》与《中华人民共和国中外合作经营企业法》，以及1989年的《中华人民共和国进出口商品检验法》等。此外，对于外资企业的外汇、税收、劳动管理与投资范围等问题，也相应地颁布了有关的法规与条例。



提示 虽然中国至今还没有一部调整商事交易与商事组织的统一的商法典，但是颁布的单行本商法已经形成了一个初步的商法体系，基本保证了在我国进行的商事活动法律需要。

本章小结

国际商法是调整跨越国界的商事关系的各种法律规范的总称。国际商法的国际性既包括商主体的国际性，也包括商行为的国际性。国际商法与其他法律部门相比，有着不同的特点，它具有技术性、迅捷性及国际性，是在国际商事交易中最广泛适用的法律规范。

国际商法的渊源包括国际条约、国际商事惯例与各国国内的商事立法。

国际商法的历史具有特殊性，它由中世纪的跨国性向国内法发展。随着近年国际商事交易的发展，它又重新具有了国际性的特点。

国际商法与国际公法、国际私法、国际经济法及各国国内商法有着密切的联系，但又不同于上述法律关系，从法律关系的主体、客体到法律关系的内容均有着自身的体系，是独立的、完整的法律学科。

两大法系对商法的规范不同，这是由于两大法系的历史特点决定的。即使在同一法系内部，商法的法律地位也不同。尽管如此，商法在具体规范方面各国的差异还是相对较小的。

复习思考题

1. 判断题

- (1) 国际商法包含在国际公法的范畴之内。()
- (2) 国内商法是国际商法的最主要渊源。()
- (3) 国际商事惯例具有法律约束力。()
- (4) 德国商法采用民商分立的立法模式。()

2. 选择题

- (1) 在下列法律部门中，与国际商法关系最密切的是()。
A. 国际私法 B. 国际公法 C. 国际经济法 D. 国内商法
- (2) 下列属于民商合一立法模式主张的理由是()。
A. 从事营利性活动的自然人、法人等，是抽象的经营性单位
B. 民事主体的普遍商化
C. 受国际商事惯例影响较大
D. 有一些特有的法律制度



(3) 其本国的商法典不具有法律效力，但对本国的商法影响较大，这个国家是()。

A. 法国

B. 英国

C. 德国

D. 美国

3. 简答题

(1) 国际商事惯例具有怎样的效力？

(2) 大陆法系与普通法系的差异是什么？

(3) 中国商法的立法与存在的问题有哪些？

(4) 衡平法与普通法的区别有哪些？

4. 论述题

(1) 试述在普通法系中，如美国，其判例的约束力的表现。

(2) 结合实际，谈谈对国际商法特点的认识。

5. 分析题

在法学讨论课上，对中国民商事法律制度受哪个法系的影响更大的问题上，同学们发表了不同的意见，有的认为受大陆法系影响更大，有的同学则认为受英美法系影响更大，请发表你的意见。



引导案例

【案情介绍】

2010年1月,甲、乙公司和丙公司共同投资设立某有限责任公司。乙公司出资如下:厂房作价330万元,土地使用权作价150万元,机器、设备作价90万元,专利技术作价350万元,合计为920万元。甲以货币出资350万元。丙以货币出资150万元,以劳务出资80万元。2010年2月,该有限责任公司成立,注册资本为1500万元。

2012年7月,由于该有限责任公司运营状况不佳,丙单独要求召开临时股东会,商讨经营方针。2012年11月,根据章程规定,召开了定期股东会议。此次会议主要讨论公司章程的修改。甲和丙不同意乙公司提出的修改方案。乙公司称自己拥有半数以上表决权,足以通过该修改方案。

【法律问题】

- (1) 该有限责任公司三位股东的出资是否合法?
- (2) 丙有无权利单独要求召开临时股东会?
- (3) 在甲和丙不同意的情况下,乙公司称自己拥有半数以上表决权,足以通过该修改方案的说法是否正确?

【法理分析】

(1)《中华人民共和国公司法》(2013)第27条规定:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。”在本案中,甲与乙的出资符合该法律规定,但根据《公司登记管理条例》规定,股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者法定担保的财产作价出资。本案中,丙以劳务出资80万元,是不符合规定的。

(2)《中华人民共和国公司法》第39条规定,有限责任公司的股东大会临时会议召开,代表十分之一以上表决权,三分之一以上董事,监事会或者不设监事会的公司的监事提议即可召开临时会议。本案中,该公司总注册资本为1420万元(1500-80),其中丙出资150万元,大于十分之一的表决权,丙有权单独要求召开临时股东大会。

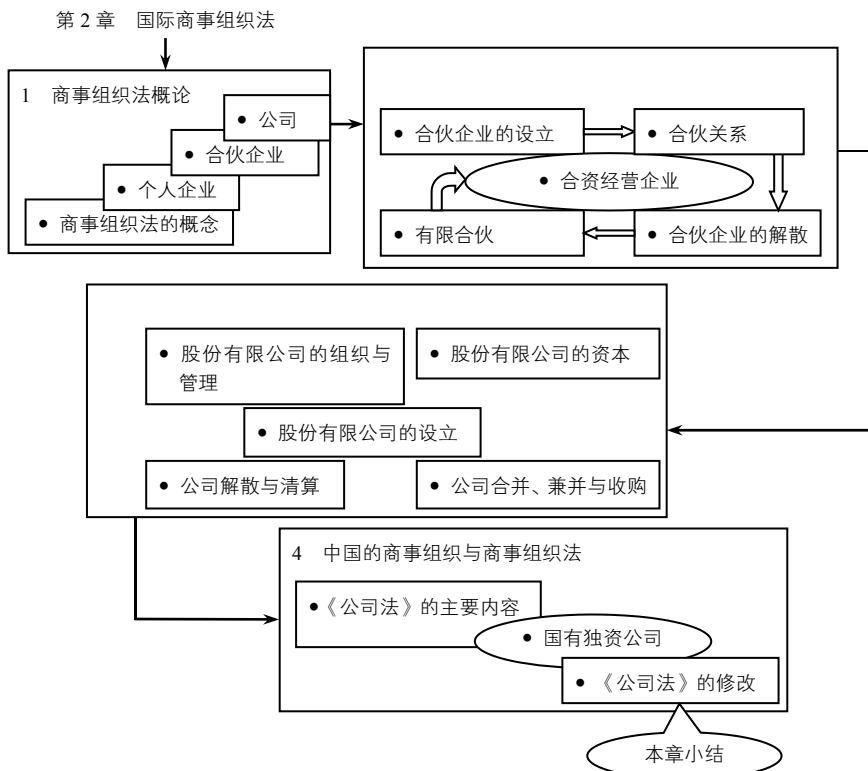


（3）股东会议做出的修改公司章程，增加或者减少注册资本的决议以及公司合并分立、解散或者变更公司形式的会议，必须要代表三分之二以上表决权的股东通过。本案中，乙的注册资本为 920 万元，低于总注册资本的三分之二，因此无权通过修改方案。

学习目标

- ◆ 素质目标：能够把握各商事组织的特点及相互关系。
- ◆ 知识目标：了解各商事组织的概念、作用、内容及本质特征；了解股份有限公司的管理机构；掌握采用各种商事组织的条件和策略。
- ◆ 技能目标：能够按照各商事组织的规则，把握其内在差别，判断各商事组织在国际商事法律关系中的地位。
- ◆ 能力目标：具有确定不同商事组织形式，并且能够正确选择适用各种商事组织形式的的能力。

学习导航





2.1 商事组织法概述

2.1.1 商事组织法的概念

商事组织,也称为“商事企业”,是指按照法律规定设立的,具有一定规模的,能够以自己的名义从事营利性活动的经济组织。企业是国民经济运行的基本细胞,是现代社会中人们进行生产、流通与交换等经济活动的一种主要组织形式。国际商事的各种交易都是建立在企业的经营活动基础之上的,或者是以企业为中心进行的。因此,没有企业,各种商事活动也就没有赖以存在的基础。

商事组织法一般是关于商业基础条件和手段的规定,是调整商事组织的设立、变更和解散等对内对外关系的法律规范的总称。其基本内容包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度、合伙制度破产等。

在国际商事活动中,商事组织的形式有很多类型,不同类型的商事组织在法律地位、设立的程序、投资者的利润与责任、资金的筹措、管理权的分配与税收等方面均有很大的不同。对商事组织的分类标准有很多,而最具代表性的分类主要有两种,即经济分类和法律分类。经济分类标准主要是按所有制类型分类,苏联、东欧各国和中国多采用这种分类,现在俄罗斯和东欧各国已予以摒弃,在中国的经济转型时期仍为通行标准,先后出现了国有企业、集体企业、私营企业、个体企业、联营企业、股份制企业、外商投资企业,港澳台投资企业等类型。法律分类主要是按财产责任分类,世界上市场经济发达的国家多采用此种分类,这种分类方法主要将商事组织分成三种基本的法律形式,即个人企业、合伙企业与公司,其中公司是最重要的商事组织形式。中国近年也开始向这种分类方式过渡。

本章所讨论的商事组织主要是指按法律分类标准进行分类的商事组织,即主要讨论个人企业、合伙企业与公司这三种形式的商事组织。

2.1.2 个人企业

个人企业(Individual Proprietorship),也称为“一人公司”(One-Man Company)或“个人独资经营企业”(Sole-Owned or Operated Enterprise),是指由一个自然人投资与从事经营管理,财产为投资人个人所有,投资人以其个人全部财产对企业债务承担无限责任的经营实体。从法律性质而言,个人企业不是法人,不具有独立的法律人格,其财产与出资人的个人财产没有任何区别,出资人就是企业的所有人,他以个人的全部财产对企业的债务负责。出资人对企业的经营管理拥有绝对的控制权与指挥权。尽管个人企业有时聘用经理或其他职员,但是其经营的重大决策权仍然属于出资人。出资人有权决定企业的扩大、停业或关闭等事项。个人企业是世界各国中数量最多的企业形式。



2.1.3 合伙企业

1. 合伙企业的概念与特征

合伙企业是两个或两个以上的合伙人为经营共同事业、共同投资、共担风险与共享利润而组成的企业。在大陆法国家中，合伙企业分为“民事合伙”与“商事合伙”，分别适用民法典与商法典或有关的商事法规。两者的主要区别在于，商事合伙必须是达到一定的经营规模并且专门从事营利性活动的合伙企业。合伙企业在许多国家中也是一种数量较多的企业形式。但是，由于其规模、组织以及资金来源等方面的限制，合伙企业基本上属于中、小型企业，以家族式企业为最多。

从世界各国的法律规定来看，合伙企业一般具有以下主要特征：

1) 合伙企业是契约式企业。合伙人必须签订合伙契约，规定各合伙人在合伙中的权利与义务。即使合伙企业没有一定的组织机构负责日常的业务，其内部关系仍然主要适用合伙契约的有关规定。

2) 合伙是“人的组合”。合伙人与合伙企业关系密切，合伙人的死亡、破产与退出等都影响合伙企业的存续。

3) 合伙人对企业的债务负连带无限责任。合伙人以个人所有的全部财产作为合伙债务的担保。一旦合伙企业的财产不足以清偿其债务，债权人则有权向任何一位合伙人请求全部履行债务。

4) 合伙人原则上均享有平等参与管理合伙事务的权利。除非合伙契约另有规定，每个合伙人均有权对外代表合伙企业从事业务活动。

5) 大多数国家的法律规定合伙企业不是法人，不具有独立的法律人格。原则上，合伙企业不能以自己的名义拥有财产、享受权利与承担义务。但有些国家，如法国、荷兰、比利时以及苏格兰等，法律则规定合伙企业是法人。英国、美国虽然不承认合伙企业的法人资格，但是在某些特定场合也把合伙企业视为法人。例如，美国的法律规定，合伙企业可以合伙的名义起诉与应诉。



相关链接

连带责任是我国民法上的一项重要责任制度，是多个责任人基于同一发生原因而产生的具有同一给付内容的数个责任。各连带责任人对外承担民事责任时并不以自己的份额为限，而是对全部共同责任负责，并因其中责任人之一的履行行为而使全体责任人的责任均归于消灭的责任形态，其目的是保护受害人的合法权益在受到损害后能够得到足够的救济。



2. 合伙企业的利弊

合伙企业的基本法律特征决定了合伙企业作为一种商事组织形式，在商事活动中既有有利的一面，也有不利的一面。

合伙企业的有利之处主要有：① 设立合伙企业的手续比较简单，费用较少。② 通过合伙可以集中比个人企业较多的资金。③ 每个合伙人均有参与管理的权利，对企业的经营管理与企业的发展等问题有较多的控制权与发言权。④ 在英国、美国等国家，合伙企业不是法人，因而也不是独立的纳税单位。合伙企业本身无须缴纳企业所得税。而公司则不然，除股东对其所得红利缴纳个人所得税外，公司本身还必须缴纳公司所得税，可谓“两重纳税”。⑤ 各国政府对合伙企业的监督与管理比较宽松，一般不要求合伙企业公开账目与年度报告，合伙企业的经营有较大的自由与灵活性。

合伙企业的不利之处主要有：① 合伙企业人数有限，很难募集大量资本，因而规模一般不大。② 合伙人对企业债务承担连带无限责任，一旦经营失败，很容易导致倾家荡产。③ 每个合伙人都有权参与管理，不利于企业管理的集中与统一，不利于实行科学化的管理。④ 合伙企业存续的时间不稳定，一旦合伙人死亡或退出，合伙即告解散，这不利于合伙企业的稳定发展。

从以上合伙企业的利弊可知，合伙企业主要是一种适合中、小规模企业或家族企业经营的商事组织形式。

3. 各国有关合伙企业的法律

合伙企业是一种古老的企业组织形式，早在古希腊与罗马时代就已经广泛存在，有关合伙企业的法律规定也随之产生。例如，著名的《法学阶梯》就设有专门一节对合伙企业进行规定。

在现代大陆法国家，合伙企业法主要规定在民法典与商法典的有关章节之中。《德国民法典》第二编第 705 ~ 740 条规定了民事合伙；第 105 ~ 160 条规定了商事合伙。《法国民法典》第三编第四章为“合伙企业”。商事合伙最初规定在法国商法典中，后来于 1966 年 7 月 24 日制定了商事企业法第 66—537 号，其中第一编第一章、第二章对商事合伙做了规定，取代了商法典的有关规定。

在英美法系国家，合伙企业法基本上采取单行法的形式。例如，1870 年制定的美国合伙法，至今仍然有效。该法对英美法系的其他许多国家的合伙法有较大的影响。美国的合伙法属于州法，没有统一的联邦合伙法。为了消除各州合伙法之间的差异，美国“统一法委员会”于 1911 年起草制定了《统一合伙法》(Uniform Partnership Act)。目前，除乔治亚州与路易斯安那州外，其他州均已采纳该法。这部法律共包括 7 章 45 节，主要适用于合伙人未订立合伙契约的合伙企业。



2.1.4 公司

1. 公司的概念

由于各国的法律传统与公司法制度不同，因此，对公司概念的表述也不尽一致。

在英美法系国家，公司是指数人出于共同的目的而进行的组合，一般是为营利而经营业务，同时，对于合伙难以胜任的联合，也往往采用这种组织形式。英美法系国家的公司法确认公司有两个基本属性，即法人与有限责任。

在大陆法系国家，公司是指依法定程序设立的以营利为目的的社团法人。这区别于公法人、财团法人与公益性社团法人，是一种最具有普遍性的企业组织形式。

在中国，学术界对公司与企业关系的认识并不一致，因此，对公司的概念也就有不同的理解。一种观点认为，公司与企业应当是两个外延完全重合的概念，公司与企业是等同关系，即公司是企业，企业是公司；另一种观点认为，公司与企业是种属关系，企业的概念更加宽泛，即公司是企业的一种组织形式。后一种观点比较合理，符合实际情况。

一般而言，公司是依法定程序设立，以营利为目的的法人组织。公司是法人，具有独立的法律人格，这是公司的最重要与最基本的法律特征。在英文中，“Corporation”既指“公司”，也指“法人”。各国法律均规定，公司具有独立的法人资格，有权以自己的名义拥有财产、享受权利与承担义务。公司是一种“资本的组合”，股东与公司之间是相互分离的，股东的死亡与退出一般不影响公司的存续，股东对公司的债务通常只负有限责任。公司的经营主要由专门的经营管理人员负责。在现代市场经济社会中，以股份有限公司为代表的公司企业已成为国民经济的主要支柱，对社会经济生活具有举足轻重的影响。

2. 公司的特征

（1）公司拥有自己的财产

公司以自己的名义拥有财产，公司的财产与股东的个人财产在法律上是分离的。公司的财产来自股东的投资，但是，一旦股东将投资的财产移交给公司，在法律上，这些财产便属公司所有，而股东则丧失了直接支配与使用这些财产的权利，他们所换来的是根据出资享受一系列权利，例如，参与股东大会并且享有投票的权利、分取红利的权利等。

（2）公司以自己的名义享受权利与承担义务

公司与公司的股东在法律地位上是分离的，是两种不同的法律主体。当公司与他人订立合同时，公司应以自己的名义签订合同，并作为合同当事人享受合同规定的权利，承担相应的义务。公司以自己的财产作为与第三人进行交易的财产担保，股东、董事或其他管理人员对公司的债务一般不负清偿责任。

（3）公司以自己的名义起诉与应诉

当公司与他人发生纠纷时，公司以自己的名义在法院提起诉讼，行使其诉讼权利。他人也只能对公司起诉。



(4) 公司拥有日常经营管理权

公司的经营管理一般由专门的管理人员负责,如董事与经理等,股东一般不直接参与公司的日常经营管理。在股份有限公司中,更是如此。

(5) 公司的存续一般不受股东变化的影响

股东的死亡、退出与破产原则并不影响公司的存续。因此,在英美法系中,公司被认为具有“永续性”(Perpetual Existence)。

公司具有独立法人资格,股东与公司相互分离,这就大大地减少了投资者的风险,有利于社会资本的集中与经营管理的科学化。但是,从另一个方面看,由于公司一般采取有限责任制,一些不法分子常常利用公司进行投机与欺诈活动,逃避法律义务,损害社会及公众利益。为了防止这种现象发生,英美法系国家的公司法逐渐形成了所谓“撩开公司面纱”(Lifting the Veil of Corporation)的制度。根据这种制度,如果法院认为成立公司的目的在于利用公司作为手段,从事妨碍社会利益、进行欺诈或其他犯罪活动的,法院将不考虑公司所具有的法人资格,而直接追究股东或其他行为人的民事责任或刑事责任。



相关链接

社团法人是指由两个以上的成员为共同的目的而投资设立的法人,是人的集合体,与财团法人相区别。公司是由两个以上的股东进行投资的典型的社团法人。

3. 公司的种类

根据不同的标准,可以对公司进行不同的分类,如母公司与子公司,总公司与分公司,本国公司、外国公司与跨国公司,国营公司与私营公司,封闭式公司与开放式公司等。国际商法所研究的公司主要是从法律责任的角度,根据公司股东对公司债务的责任、集资的途径、经营管理结构等因素进行分类的公司,主要有四种有代表性的公司,即无限责任公司、有限责任公司、两合公司与股份有限公司。

(1) 无限责任公司

无限责任公司(Unlimited Liability Company)是指股东对公司的债务负无限责任的公司。这是最早出现的公司形式,起源于中世纪的意大利与地中海沿岸的家族营业团体。这种公司的规模一般比较小。与其他公司类型相比较,它具有以下五个特点:① 股东责任的无限性;② 股东责任的连带性;③ 公司组织的稳定性(以信用作为股东结合的基础,是典型的人合公司);④ 内外关系的合伙性(这种公司具有浓厚的合伙性);⑤ 所有权与经营权的统一性(出资者既是公司的股东,也是公司的领导人)。

(2) 有限责任公司

有限责任公司(Limited Liability Company)是指股东人数较少,不发行股票,股份不得随意转让,股东对公司债务承担有限责任的公司。有限责任公司出现得比较晚,于1892



年首创于德国，其目的在于融合合伙企业与股份有限公司的优点，以适应中、小型企业，特别是家族企业的客观需要。其后被法国、意大利、卢森堡与比利时等国家相继采用。英国的“Private Limited Company”（股票不上市的公司）与美国的“Closely Held Company”（股东人数有限的公司）近似于此类公司。

与其他公司类型相比较，这种公司具有以下五个特点：

1) 股东责任的有限性。股东对公司的债务只负有限责任。

2) 股东人数的有限性。由于有限责任公司主要适合中、小型企业与家族企业，其股东人数一般不多。有的国家公司法中对有限公司的股东人数加以限制，例如，法国公司法规定，有限责任公司的股东最多不得超过 50 人。英国公司法也有类似的限制，但是在 1980 年已被撤销。

3) 公司资本的封闭性。这种公司只是内部发行股票，不公开发行股票和债券向社会公开募集资本，其股份一般不得随意转让，同时某个股东未经其他股东同意不得将其股份或出资转让给第三人，对于所要转让的股份或出资，其他股东享有优先购买权。此外，公司的财产情况与账目也不对外公开。

4) 公司组织的简便性。因为其设立简便，只有发起设立而没有募集设立，组织机构简单、灵活，既可以设立股东大会，也可以不设立股东大会，比较适合中、小型企业的建立与发展。

5) 资合与人合的统一性。这种公司在本质上是一种资本的联合，但股东相互之间又具有人身信任因素，因此，其也具有人合色彩。

（3）两合公司

两合公司（Joint Venture Company）是指由承担无限责任的股东与承担有限责任的股东所组成的公司。这种公司是大陆法系国家所特有的。

与其他公司类型相比较，这种公司具有以下四个特点：① 公司中并存两种承担不同责任的股东；② 公司兼有无限公司与有限公司的特点，但是以无限公司的特点为主；③ 公司的业务执行机关由承担无限责任的股东组成，有限责任股东对公司业务有监督权；④ 公司的法律地位与无限责任公司基本相同。

这种公司在日本叫作“合资会社”，在英美法系国家叫作“有限合伙”。美国法律不承认“有限合伙”具有法人资格。

（4）股份有限公司

股份有限公司（Limited Liability Company by Shares）简称股份有限公司（Limited Company by Shares），是现代世界上最重要的商事组织形式，最早出现在古罗马时代，17 世纪以后出现了近代意义上的股份有限公司。1807 年的《法国商法典》第一次对股份有限公司做出了明确的规定，目前世界各国一般都制定了专门的股份有限公司法。尽管股份有限公司就数量而言在公司中所占比例并不多，但是，由于其拥有着雄厚的资本和强大的实



力,且其股票可以自由转让,营业状况公开,这使广大投资者容易并愿意参与投资。因此,股份有限公司有着其他商事组织形式无法比拟的优势,并成为许多国际大垄断企业采用的主要形式,在商事组织中占据着重要的地位。

股份有限公司是指公司资本分成相等的股份,公司通过向社会公开发行股票募集资本,股东对公司的债务负有限责任的公司。

股份有限公司之所以成为西方国家的最重要与最具有代表性的商事组织形式,主要是其商事组织形式的特点所决定的。与其他类型的公司相比较,股份有限公司具有以下五个特点:

1) 股东责任的有限性。股东仅以其出资对公司的债务负责,其个人投资风险因此而大大降低。

2) 资本募集的公开性。股份有限公司可以向社会公开发行股票筹集资本,可以扩大资本规模,因而也就可以扩大生产规模。


3) 股东出资的股份性。股东出资后是依股份的多少换取相应的权利,如利润分配、重大事项的表决等权利。

4) 公司股票的流通性。公司的股票转让方便,这样可以使投资者非常容易地将股票变现,从而满足投资者对资本流动性的要求。

5) 公司经营权与所有权的独立性。

股份有限公司与有限责任公司既有联系,又有区别。其联系是两者都是以营利为目的的企业,都具有法人资格,以及其股东对公司的责任均以其出资为限。但是,两者也有很大的区别,主要表现在以下六个方面:① 性质不同。股份有限公司是开放型公司,而有限责任公司则是封闭型公司。② 规模不同。股份有限公司通常是大型企业,而有限责任公司则一般是中、小型企业。③ 筹集资本的方式不同。股份有限公司是通过向社会公开发行股票募集资本的,而有限责任公司则是通过股东认购出资而募集资本的。④ 股东人数不同。股份有限公司的股东在数量上均远远多于有限责任公司的股东。⑤ 组织结构不同。在有些国家,对股份有限公司要求设立董事会或监事会,而对有限责任公司的要求则较宽松,只要求设立董事与监察人,一般都是一人。⑥ 所有权与经营权的分离程度不同。股份有限公司的所有权与经营权是完全分离的,合而为一的可能性很小,但是在有限责任公司,两者分离的可能性很小,合而为一的可能性则比较大。

4. 公司制度的历史

 **提示** 公司制度的产生与发展经历了一个漫长的历史过程,即从 17 世纪的特许公司发展 到 18 世纪的合股公司,再发展到 19 世纪中期的现代股份公司。

(1) 特许公司的建立

早在古希腊与古罗马社会就已经出现股份经济的萌芽了。15 世纪至 17 世纪,在欧洲



资本主义生产关系的萌芽时期与资本原始积累的过程中，随着商品经济的发展，近代意义上的股份公司开始产生与逐渐发展起来。15 世纪至 16 世纪，德国、捷克斯洛伐克与奥地利等欧洲国家的一些合伙制企业，从包买商把持逐渐演变为股份公司。

16 世纪至 17 世纪，在哥伦布发现新大陆（1492 年）与航海家达·伽马绕过好望角航行到印度（1497 年）的影响下，商品经济，特别是远洋贸易得以迅速发展。为适应远洋贸易发展的需要，在重商主义理论的指导下，一些西欧国家的政府在取得王室特许后，逐步建立了一批“特许贸易公司”。例如，1553—1680 年，英国以股份形式建立的特许贸易公司共有 49 家，其中著名的有 1553 年成立的“莫斯科公司”，1558 年成立的“土耳其公司”，以及 1600 年成立的“东印度公司”。法国、普鲁士与荷兰等国家也建立了这类公司。这个时期建立的特许贸易公司已经具有近代公司的某些特征，例如，以募集股金建立，具有法人地位，由董事会领导下的经理人员经营等。但是，特许贸易公司是在政府（王室）特许的前提下、利用政治权力建立的，以向政府提供贷款或其他服务而换取贸易垄断权，所以，这类公司还不是近代意义上的公司。但是，近代公司却是在特许公司的基础上演变与发展起来的。

（2）合股公司的出现

由于特许贸易公司获得贸易垄断权，并通过募股集资发展壮大，因此，它在一个半世纪以上的发展过程中获得了日益丰厚的利润。这种情况刺激了一些商人的利欲。于是，在 18 世纪中期，这些商人效法特许公司的组织形式，通过发行可转让的股票吸引投资者，集资组建“合股公司”。合股公司的主要特点是：以股票形式合资经营，并由股东集体授权经理人员从事经营活动；股票可以自行转让；股东对公司只负有限责任，但是合股公司的合伙人对公司债务承担无限责任。这使得合股公司既不同于特殊的贸易公司，也不同于一般的合伙企业，而是向近代公司制转化的一种过渡形态，这种公司就是现代股份公司的先驱。虽然合股公司在 18 世纪至 19 世纪中期获得了发展，但是在法律上仍然被视为合伙企业，还不完全具备法人企业的全部特点。不过，由于合股公司在实践中深受投资者的青睐，经营与管理具有诸多优点，因而推动了法律制度向赋予合股公司以法人地位的方向发展。英国在 1844 年通过公司法以后，很快就设立了合股公司注册处，把有 25 个以上成员并有可能转让股份的“合伙制企业”注册为“公司”。1844—1856 年，英国共有 910 家这样的合股公司经过登记注册。至 1856 年，英国议会确认了这类注册公司对其债务负有限责任。1837 年以后，美国的一些州政府也相继颁布了一般公司法。

（3）现代公司制度的形成

现代公司制度的形成有两个基本标志：① 以可以转让的股票集资组建股份公司，公司的经营管理活动由经理人员承担；② 为股份公司颁布了基本的法律制度，确立了公司的法人地位。从 18 世纪末到 19 世纪中后期是股份公司迅速发展的时期。在这个时期，欧美主要国家的金融业、交通运输业与一些公用事业部门，首先出现了现代股份公司的组织形式，



尤其是美国，发展更加迅速。

美国在独立前，只有少数企业公司领取了特许状。到18世纪末，已经创建起来的这种经济实体达到310家，其中多数是银行、保险、运输、收取通行费的桥梁、公路以及供水公司等。由于社会经济发展的需要，1811年纽约州颁布了一部普通公司法，允许为加工制造纺织品、玻璃或金属制品而组成公司，其经营期为20年，拥有资本最高限额为10万美元，公司通过签订协定章程与申请执照即可成立。其他州很快效仿纽约州的做法，到1860年，成立公司的途径已经是根据普通法而不是特别立法的特许状，这样就导致在19世纪前半期，成立公司必须经过立法机关特别授权的做法被废除了。

美国最高法院法官马歇尔（任期1801—1835年）与塔尼（任期1836—1864年）的判决，确立了公司的法人地位。马歇尔法官通过“达特茅斯学院案”（1819年）的判决认为，公司的特许状属于受宪法契约条款保护的契约，这样便将不可侵犯的契约权利授予了公司。塔尼法官对“奥古斯塔银行诉厄尔案”（1839年）做出判决认定，一家公司就像一个自然人一样，可以在不是它所常驻的那些州从事经营活动。

1830年，马萨诸塞州颁布了一项法律废除了股东的无限责任。有限责任原则也被其他大多数州所接受。

在美国，现代股份公司的形成过程是与修建铁路的企业密切相关的。因为与传统企业相比，铁路企业有两个显著的特点：①由于铁路建设规模巨大，需要投入大量资本，因此，铁路建设从一开始起就是采用股票形式筹集资本的；②铁路的管理需要专门的人员与技能，出资者一般是无法胜任的，因此，铁路企业的资本所有权与经营权也几乎是分离的。例如，在19世纪50年代，美国西部铁路线就是第一家由专职人员通过严密的管理系统经营的现代企业。因此，在19世纪中后期，为适应美国铁路建设热潮的发展与需要，现代股份公司，或者说现代企业制度，便首先在美国铁路部门中产生与形成。南北战争（1860—1865年）后，美国掀起了大规模的修筑铁路的高潮，大公司首先发展起来以满足铁路在这个国家最早的大规模经营活动的需要，它吸纳了大约6000万名劳动力。甚至在内战以前，10条铁路中的每条都拥有大约1000万美元或者更多的资本。到1883年，这样的铁路已有40条以上，其中有8条铁路，每条拥有的资产均超过1.35亿美元。1865年以前，美国只有铁路线6万千米，到1890年已修建铁路线近27万千米，到1916年达到40万千米，超过当时西欧各国铁路长度的总和，占当时世界铁路总长度的1/3。在建筑铁路的热潮中，股份公司功不可没。马克思在论述股份有限公司时曾经指出：“假如必须等待积累去使某些单个资本增长到能够修建铁路的程度，那么恐怕直到今天世界上还没有铁路。但是，集中通过股份公司转瞬之间就把这件事完成了。”

由于有采用现代股份公司形式修建铁路的经验，到19世纪后半期至20世纪初期，在第二次世界科技革命的推动下，为了适应一些新兴的工业与其他部门发展的需要，在美国的采掘业、钢铁业、煤炭业、制造业、公用事业、银行业和保险业等部门也都采用现代公



司制的组织形式建立企业。

随着公司的产生和发展，公司法也得到了逐步发展与完善，许多国家为股份公司制定与颁布了配套的法律、法规，以便确立公司的法人地位与维护股份公司的有效运行。

在大陆法国家，早期的公司法主要规定在商法典中。1807年《法国商法典》第一编“商事通则”中就规定了“公司”，这是世界上最早规定公司的成文法。随着公司制度在西方社会经济生活中的作用与影响的日益增加，大陆法国家的公司法逐渐从商法典中脱离出来，更多地采取单行法的形式。例如，1966年7月24日与1967年3月23日，法国分别颁布了《商事企业法》与《商事企业法规》。1892年，德国颁布了《有限责任公司法》。1965年9月6日，德国颁布了《股份公司法》。

在英国，公司制度的确立是在19世纪中期，其标志是1844年英国议会通过并颁布公司法，以及1856年确认登记的合股公司为有限公司与法人公司。19世纪末期，英国商务部成立了专门委员会，每隔20年左右对公司法进行一次审查与修订，其中以1948年公司法最为完备和重要。此后，英国公司法的修改日益频繁，1967年、1980年与1985年等又先后多次对公司法进行修改与补充。

美国是联邦制国家，公司法属于州法，没有统一的联邦公司法。因此，在美国设立公司时，必须在美国各州中选择其中一个，根据该州的公司法进行登记。由于各州的公司法之间存在很大的差异，为了减少和消除这些差异给公司的发展造成的不利影响与法律障碍，美国律师协会（American Bar Association, ABA）于1933年起草了《标准商事公司法》（Model Business Corporation Act）。该法是参照1933年《伊利诺伊州公司法》制定的。作为一种“样板法”（Model Act），《标准商事公司法》本身没有法律约束力，而只是作为各州的立法机关在制定公司法时的参考。自1933年以来，该标准法经过了多次修订，目前生效的是1969年修订的版本。在美国50个州中，现在已有37个州与哥伦比亚特区采纳了该标准法的模式。1984年6月，美国律师协会又制定了《标准修订商事公司法》（Model Revised Business Corporation Act），作为各州修订各自的公司法时的参考与指导。

第二次世界大战后，各国公司法出现了国际统一化的趋势，其中具有代表性的是欧洲经济共同体（EEC）委员会为统一各成员国公司法所发布的一系列《关于共同体公司法的指令（Directives）》。根据欧洲共同体法，虽然这类指令本身不能对各成员国的公民或企业直接发生效力，但是各成员国有义务通过制定或修改相应的国内法使“指令”变为其国内法，以约束本国的公司。欧洲经济共同体所发布的公司法“指令”主要包括：

- “EEC/68/151 第一号指令”，其内容主要是有关“越权原则”以及“公司设立前所订合同的有效性”等规定。
- “EEC/77/91 第二号指令”，主要规定了公司设立的最低条件与公司资本的增减等事项。
- “EEC/78/855 第三号指令”，主要规定了股份有限公司的兼并、破产及其善后处理等



事项。

- “EEC/78/660 第四号指令”，主要规定了公司财务状况的公开以及年度报告的主要内容等。

5. 公司法的特征

公司法在内容与体例等方面，都具有与其他法律不同的特征。这些特征主要表现在以下四个方面：

1) 从公司法的内容看，公司法是一种组织法与活动法相结合的法律。组织法是第一位的，活动法是第二位的。

2) 从公司法的体例看，公司法是一种实体法与程序法相结合的法律。首先，公司法是实体法，即侧重于对股东与公司机关权利与义务的规定，以及股东与公司财产责任的划分。其次，公司法是程序法，即同时还对取得实体法权利所必须履行的程序做出了规定。

3) 从公司法的规范选择看，公司法是一种强制性与任意性相结合的法律。公司法作为一种组织法，具有鲜明的管理性，因此，它以强制性规范为主。公司法在突出强制性规范的同时，也有一定数量的任意性规范，以体现股东的意愿。

4) 公司法是具有一定的国际性的国内法。公司法在本质上属于国内法，但是由于国际经济贸易交往的客观需要，各国在制定本国的公司法时，都注意借鉴与吸收其他国家通行的公司法，以利于国际经济贸易交往。因此，公司法具有一定的国际性。各国的公司法大多有“外国公司”这一章。

2.2 合伙企业的设立与管理

2.2.1 合伙企业的设立

合伙企业主要是基于合伙人之间订立的合伙合同（Partnership Contract）而成立的。

合伙合同是规定合伙人之间权利与义务的法律性文件，是确立合伙人在出资、利润的分配、风险与责任的分担以及合伙的经营等方面权利与义务的基本依据，对每个合伙人均具有约束力。合伙合同一般应采用书面形式。

1. 合伙合同的主要条款

- 合伙的名称及合伙人的姓名。合伙企业的名称一般应以合伙人的姓氏命名，在合伙人的姓氏之后可以加上“商号”（Firm）的字样。
- 合伙企业所经营事业的性质与经营范围。
- 合伙的期限。有些国家对合伙的期限加以限制。例如，法国的法律规定，合伙的期限最多不得超过 99 年，但是合伙人可以在此期限期满后请求延长。
- 每个合伙人出资的种类及金额。
- 合伙人之间利润的分配与损失的分担办法。



- 合伙企业的经营管理方式。
- 合伙人死亡或退出时，对企业财产及合伙人利益的处理方法。

2. 登记注册事项

合伙企业设立的手续一般比较简便，但是各国法律有不同的要求。例如，根据美国的统一合伙法规定，合伙应当根据合伙人的协议组成，无须政府的批准，但是必须有合法的目的。某些行业，如律师业与医师业等要求有执照才能开业者，必须向有关主管部门申领营业执照。英国的合伙法对合伙的商号名称要求相当严格，合伙的商号一般应以合伙人的姓氏命名，在合伙人的姓氏之后，可以加上商号（Firm）或公司（Company）的字样，但是不得加上“有限”（Limited）字样，否则每天罚款 5 英镑。同时，根据 1916 年《商号名称注册法》（Registration of Business Names Act）的规定，凡是在联合王国设有营业所的商号，如果在商号名称中没有包含合伙人的真实姓氏或没有包含合伙人的真实教名的开头字母者，则均必须向主管部门注册登记。登记事项应包括以下六个方面：

- 商号名称。
- 所经营事业的一般性质。
- 主要营业地点。
- 每个合伙人的现用教名、姓氏与曾用名。
- 合伙人的国籍。
- 合伙人所拥有的其他企业等。

上述注册登记手续必须在合伙企业开始营业后 14 日内完成。如果日后商号的名称有所变更，则必须于变更后 14 日内再行登记。根据德国法律的规定，合伙企业必须在商业登记册上办理登记，全体合伙人必须事先提出合伙申请，在申请书中必须载明每个合伙人的姓名、职业与长期住所，企业的名称与开设地点，以及开始营业的日期等。

2.2.2 合伙关系

在英美法系国家，即使合伙人之间没有订立明确的合伙契约或对合伙是否存在发生争议时，如果符合一定的条件，法院仍然会判定当事人之间存在合伙关系。这种合伙一般称为“事实上的合伙”（Be Fact Partnership）。

在判定事实上的合伙是否存在时，法院主要考虑以下三个因素：

- 合伙人是否分享利润与分担损失。
- 合伙的财产是否由合伙人共同所有。
- 合伙人在经营管理中是否享有同样的权利。

1. 合伙企业内部各合伙人之间的关系

合伙人之间的权利与义务通常都在合伙合同中予以规定，因为他们之间首先是一种合同关系。与此同时，合伙人之间也是一种相互信任的忠实关系。合伙人不得损害企业或其



他合伙人的利益，不得谋取私利。

（1）合伙人的权利

1) 分享利润的权利。每个合伙人均有根据合伙合同规定的比例取得利润的权利。如果合同中没有规定，则应根据各国合伙法的规定分配利润。英国、美国、德国等国家的合伙法规定，合伙人应平均地分配利润，而不考虑合伙人出资的多少。法国的法律则规定，应根据合伙人的出资比例分享利润。

2) 参与经营管理的权利。除非合伙合同有相反的规定，每个合伙人均有平等地参与合伙管理，对外以合伙的名义进行业务活动的权利。实际上，合伙合同常常规定由某位或几位合伙人负责合伙的日常管理。如果每个合伙人都参与管理，那么，企业的经营决策必须经每个合伙人的同意。

3) 监督与检查账目的权利。每个合伙人都有权了解与查询有关合伙经营状况的各种情况，负责日常业务的合伙人不得拒绝。合伙人有权随时查阅合伙企业的账目并提出质询。一些国家对合伙人的这项权利加以限制，以保证合伙企业的经营管理能够顺利地进行。例如，法国的法律规定，不参与日常管理的合伙人1年内查阅合伙账目一般不得超过2次。

4) 获得补偿的权利。合伙人为处理企业的正常业务或维持企业的正常经营，维护企业的财产利益而垫付的个人费用或因此而遭受的个人财产损失，合伙企业或其他合伙人应予以补偿。但是在原则上，合伙人不得向合伙企业请求支付报酬。

（2）合伙人的义务

1) 缴纳出资的义务。合伙人在签订合伙合同之后，有义务根据合同规定的时间、数额与方式缴纳出资。合伙人一般可以货币、实物、技术或劳务出资。如果合伙人到期拒不缴纳出资从而使合伙企业无法成立或给其他合伙人造成损失的，则其他合伙人有权要求赔偿。

2) 忠实的义务。合伙人对合伙企业及其他合伙人负有忠实的义务。合伙人必须为合伙企业的最大利益服务；不得擅自利用合伙企业的财产为自己谋取私利；不得经营与合伙企业相竞争的事业；应及时向其他合伙人报告有关企业的各种情况与信息。合伙人违反忠实义务所获得的利益，必须全部转交给合伙企业。

3) 谨慎与注意的义务。参与经营管理的合伙人在执行合伙业务时必须谨慎、小心。如果因其失职从而给合伙企业造成损失的，则其他合伙人有权要求赔偿。

4) 不得随意转让出资的义务。由于合伙人之间存在“相互信任”(Mutual Confidence)的关系，合伙人未经其他合伙人同意，不得将其在合伙中的出资及各项权利转让给第三人，也不得吸收第三人入伙。但是，大多数国家的法律均允许合伙人在一定的条件下将请求分配利润的权利转让或遗赠给他人。除合伙契约另有规定外，合伙人的死亡或退出，即引起合伙企业的解散。

2. 合伙企业与第三人的关系

在合伙企业中，每个合伙人在企业所从事的业务范围内，都有权作为合伙企业与其他



合伙人的代理人。这就是所谓“合伙人相互代理”的原则。根据这项原则，合伙企业与第三人的关系具有以下四个特点。

1) 每个合伙人在执行合伙企业的通常业务中所做出的行为，对合伙企业与其他合伙人都具有约束力。除非该合伙人无权处理该项事务，而且与之进行交易的第三人也知道该合伙人没有得到授权，否则合伙企业与全体合伙人都要就该合伙人的行为对第三人负责。根据英国合伙法的规定，每个合伙人，特别是从事货物买卖交易的合伙贸易企业的合伙人，在处理下列事务时，都认为具有默示的授权：

- 出售合伙企业的货物。
- 以企业的名义购买企业的业务所需要的货物。
- 收受企业的债款，并出具收据。
- 为企业雇用职工。
- 以企业名义承兑与开立流通票据。
- 以企业的信用借款或以企业的货物作抵押贷款。
- 委托律师为企业进行诉讼。

任何合伙人就上述事项与第三人订立的合同，对合伙企业与其他合伙人都具有约束力。所有合伙人均需对合伙企业与第三人所订立的合同或所承担的债务负连带无限责任。

2) 合伙人之间如果对其中任何一个合伙人的权利有所限制，不得用以对抗不知情的第三人。但如果第三人在与该合伙人进行交易时，已经得知该合伙人的权利受到限制而无权处理该项业务，则该合伙人所做出的行为就不能约束合伙企业与其他合伙人。

3) 合伙人在从事正常的合伙业务过程中所做出的侵权行为 (Tort)，应由合伙企业承担责任，但是合伙企业也有权要求由于故意或疏忽的有关合伙人赔偿企业由此而遭受的损失。

4) 当一个新的合伙人被吸收参加一个现存的合伙企业时，他对参加合伙之前企业所负的债务不承担任何责任。而当一个合伙人退出合伙之后，他对其作为合伙人期间企业所负的债务仍必须负责。至于已经退出合伙企业的合伙人，对企业日后所发生的债务是否仍必须负责的问题，需要视不同的情况而定。如果与企业进行交易的第三人，在他退出合伙企业之前曾经与企业进行过交易，则他必须通知该第三人，说明他已经不再是合伙人，否则他仍必须对该第三人负责；如果该第三人在他退出合伙企业之前并未与该企业进行过交易，也不知道他是合伙人，则他对于其退出合伙企业之后所进行的交易就可以不承担责任。

2.2.3 合伙企业的解散

合伙企业的解散有两种情况，一种情况是自愿解散 (Voluntary Dissolution)，另一种情况是依法解散 (Dissolution by Operation of Law)。

自愿解散是指合伙企业根据合伙人之间的协议而解散。例如，当合伙章程规定了期限时，合伙企业即于该期限届满时宣告解散；如果合伙章程中没有规定期限，则合伙人之间



也可以在事后达成协议,宣告合伙企业解散。

依法解散是指合伙企业根据合伙法的有关规定而宣告解散,主要有以下五种情况:

- 除合伙人之间另有协议外,如果合伙人之一死亡或退出,则合伙企业即告解散。
- 当合伙企业或合伙人之一破产时,合伙企业即告解散。
- 如果因为发生某种情况,致使合伙企业所从事的业务成为非法时,该合伙企业即自动解散。
- 如果爆发战争,合伙人之一系敌国公民时,合伙企业亦应解散。
- 如果合伙人中有精神失常者,其长期不能履行其职责,或因其行为失当而使企业遭受重大损失,或因企业经营失败难以继续维持时,则任何合伙人均有权向法院提出申请,要求法院下令解散合伙企业。

此外,合伙人原则上有权提出退出合伙。但是,各国合伙法对此项权利都有一定的限制,以保证合伙企业的稳定发展。例如,《德国民法典》第723条规定,合伙契约如果规定了期限,那么,合伙人只有在有重大事由发生时,方可提出退伙。所谓“重大事由”,主要是指其他合伙人已严重违反合伙契约所规定的义务。如果没有重大事由发生,合伙人退伙,则应对其他合伙人赔偿由此而遭受的损失。法国的法律则规定,合伙人退伙不得损害第三人的权利与利益。

当合伙企业解散时,在清偿企业的债务后,所有合伙人都有权参加财产的分配。如果企业的剩余资产不足以清偿其债务,合伙人必须以其个人财产负连带无限清偿责任。

2.2.4 有限合伙

上述合伙,一般称为“普通合伙”。有限合伙(Limited Partnership)则是一种特殊类型的合伙组织,是指至少由一名普通合伙人(General Partner)与至少一名有限合伙人(Limited Partner)组成的企业。前者对企业的债务负无限责任,后者则只负有限责任,即仅以其出资为限。

有限合伙起源于欧洲中世纪。在12世纪至13世纪,随着欧洲地中海地区海上贸易的发展与扩大,单个商人已不再适应较大规模的商业冒险,于是,“卡孟达契约”(Commenda)便应运而生。“卡孟达契约”主要是在普通商人与海运商人之间订立。它一般规定,由普通商人提供资金,由海运商人负责经营与贩卖货物,普通商人的风险与责任以其出资为限。这种契约后来便演变为有限合伙。1807年的《法国商法典》首次对有限合伙做出了规定。1890年的《英国合伙法》也规定了有限合伙,1907年,英国又制定了单行的“有限合伙法”。美国统一州法委员会于1916年制定了《统一有限合伙法》,现已被大多数州所采纳。

在有限合伙中,普通合伙人的权利和义务与其在普通合伙中的权利与义务基本相同。有限责任合伙人的权利和义务主要有以下六项:

- 有限责任合伙人不参与企业的经营管理,他的行为对企业没有约束力,如果他一旦



参与了企业的经营管理，他在此期间就要对企业的一切债务承担责任。

- 有限责任合伙人的名称不得列入商号名称，如果列入，他将对合伙的债务承担无限责任。
- 有限责任合伙人有权审查企业的账目。
- 有限责任合伙人的死亡与破产不影响企业的存在，不产生解散企业的效果，但是如果负无限责任的普通合伙人一旦死亡或退出，除企业章程另有规定外，企业即宣告解散。
- 有限责任合伙人的股份经普通合伙人同意之后可以转让。
- 有限责任合伙人不得发出通知解散企业。

与普通合伙相比较，有限合伙的设立较为复杂。大多数国家均要求有限合伙必须在有关主管机关注册登记，并提交合伙章程。根据1907年《英国有限合伙法》的规定，该章程应载明以下事项：① 企业的名称；② 所经营事业的一般性质；③ 主要营业地点；④ 每个合伙人的姓名；⑤ 合伙企业的经营期限与开业日期；⑥ 注明是有限合伙企业，并载明有限合伙人的姓名；⑦ 载明每个有限责任合伙人出资的金额，并注明是以现金还是以其他形式作为出资。根据美国统一合伙法的规定，有限合伙人的出资必须是货币或财产，不得以劳务作为出资。

2.2.5 合资经营企业

合资经营企业（Joint Venture）在许多方面与合伙企业相类似，因此，有些国家把合资经营企业纳入合伙的范畴，基本上适用有关合伙的法律规定。合资经营企业是由两个或两个以上的合营者，以营利为目的，为了从事某种特定的业务而组成的企业。在有些西方国家，合资经营企业往往是由两家公司组成的。采取这种企业组织形式的好处，主要有以下四个方面：

- 两家公司可以通过合资经营进行合作，无须采取企业合并的方式从而丧失各自的独立性。
- 便于两家公司投入各自特有的技能。
- 可以分散财务上的风险。
- 可以集中比一家企业更雄厚的力量，从而取得更大的好处。


关于合营企业的法律性质，西方各国有不同的看法。美国的法律认为，合营企业属于“人的组合”，不是一个法人。因此，美国往往把合营者称作合伙人，认为合营企业属于合伙企业性质。合营企业与合伙企业的区别仅在于：① 合营企业是为了从事特定的业务组织起来的。在美国，合营企业这种形式多用于建筑工业与石油开采工业，这种企业一般在特定目的达到后即告终止；而合伙企业是为从事通常的业务组织起来的。② 在合营企业中，合营者之间不存在相互代理的关系，合营者的行为非经授权不能约束合营企业。③ 合营企



业不因合营者的死亡而告解散或结束。除此之外，合营企业与合伙企业基本相同，适用合伙法的有关规定。

法国的法律认为合资经营企业是“经济效益的组合”，具有合伙与公司的两重特性。根据1967年法国关于合资经营企业条例的规定，合营企业是一个独立的法人。其设立的手续十分简便，只要有关企业把成立合营企业的合同向商事公司登记处进行登记即可成立。但是，合营企业所经营的业务必须是合营者自身业务的某种扩展。合营企业所得的利润不属于企业，而直接属于合营者。合营者对企业的债务负连带无限责任。合营企业由董事会负责经营管理。除董事以外，还必须设一名以上的监察人。董事要具备一定的资格，如果是由非欧洲共同体的国民担任董事，则必须持有商人证。董事的行为对企业有约束力。

2.3 股份有限公司的设立与管理

 **提示** 股份有限公司一般规模较大，人员较多，对各国经济发展与社会经济生活有重大的影响，各国政府的公司法对于股份有限公司的监督与管理规定都相当严格。

2.3.1 股份有限公司的设立

股份有限公司的设立是指公司根据法律规定的程序，取得合法资格的过程。各国公司法对设立股份有限公司的手续有不同的规定。但是，一般而言，公司的设立都要经过以下步骤：设立股份有限公司必须有一定数目的发起人；发起人负责制定公司章程及认购股份；由发起人召开公司创立大会并选出公司的第一届管理机构；向政府有关主管部门办理注册登记，经主管机关审查符合法律规定的准予登记后，公司即告成立。

1. 公司的发起人

公司的发起人（Promoter）是指发起筹建公司的人员，他们的任务是采取一切必要的行动，以达到设立公司的目的。各国公司法对股份有限公司发起人的规定主要有发起人数量及资格的规定。

1) 发起人的法定数量。各国公司法都规定了发起人的最少人数，德国规定为5人；法国规定为7人；美国大多数州规定为3人，但是也允许仅由一个人负责办理公司设立登记手续，实际上这个人往往是替真正的股东办事的人，在公司的设立手续办妥之后，他就与公司脱离关系。英国公司法区分两种不同的公司，对每种公司的发起人的最少人数有不同的要求，上市公司（Public Company）的发起人为7人，不上市公司（Private Company）则仅需2人。

2) 发起人的资格。发起人可以是自然人也可以是法人，法律一般不加以限制。根据大多数西方国家的法律，外国的法人或自然人也可以充当公司的发起人。

3) 发起人的义务。发起人对他们所设立的公司负有忠实的义务，他们的活动必须为公




司的利益服务，必须有利于公司的设立，并不得从发起公司的活动中谋取个人利益。

4) 发起人合同 (Promoter's Contract)。“发起人合同”或“设立前合同”(Preliminary Contract)是指发起人在发起公司的过程中以公司的名义所订立的合同，各国公司法对其效力有不同的规定。根据英美公司法，发起人在公司成立前以公司的名义订立的合同是无效的。由于公司此时尚未取得法人资格，根据代理法的原则，公司在成立后也不得追认。德国股份公司法规定，在公司登记之前以公司的名义订立的合同，由行为人个人负责。

小资料

1998年，弗德斯等人作为发起人准备在费城设立一家以经营皮革制品为主的股份有限公司，在公司成立之前，弗德斯为筹备公司的设备，以公司的名义签订了一份合同金额为2万美元的购销合同，公司成立后，却拒绝支付此笔价款。

 **分析提示：**股份有限公司的设立主要依赖于发起人的努力和行动，发起人要承担很大的风险，负有极重的责任。如果公司依法成立，取得法人资格，发起人即转而成为股东，其行为所产生的权利义务由股份有限公司承受；但若公司未能成立，发起人的行为所产生的权利义务只能由其自行承担。发起人在筹办公司时，不能以公司的名义对外订立契约，如果公司因某种原因未能成立，有关的创办人就要连带地承担个人责任。即使公司合法成立了，除非公司事后进行了承认，公司有充分的权利拒绝受该契约的约束，甚至在有些国家，如美国，有的州法律还明文规定新成立的公司不得追认类似的合同。

2. 公司的章程

公司章程是指规定公司的宗旨、资本、组织结构与名称等对内、对外事务的法律性文件，是规范公司活动的根本大法。

在大陆法国家，如德国、法国、日本、意大利等，公司章程是一份单一的文件。其内容根据重要的程度分为三类：绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项。

(1) 绝对必要记载事项

绝对必要记载事项是指在公司章程中必须记载的事项，如果公司章程中不载明此类事项，公司章程无效，公司就不能成立。绝对必要记载事项包括下列具体项目：公司名称与法定地址；经营范围；股份总额与每股金额；公告方法；董事、监事的人数与任期；订立章程的具体时间等。

(2) 相对必要记载事项

相对必要记载事项不影响公司章程的效力，如果载明此项内容则该事项规定对公司行为发生效力。相对必要记载事项包括一般相对必要记载事项与个别相对必要记载事项。一般相对必要记载事项包括以下内容：分公司的设立；如果股份总额分期发行，则第一次发



行的数额；解散事由；特别股的种类以及权利与义务；发起人可以享受的特别利益与受益者名单等。个别相对必要记载事项内容包括：无记名股的发行；董事的报酬；副董事长或常务董事的设置；经理人的设置、种类与职权；分派股息与红利的标准；特别盈余公积金的提存；清算人的人选等。

（3）任意记载事项

任意记载事项是指其他法律不禁止的事项，如股款缴纳的方式、股份转让的方法、股东大会召开的时间与地点等。

在英美法系国家，公司章程由组织大纲和内部细则两个文件组成。

（1）组织大纲

组织大纲（英 Memorandum，美 Articles of Association）是规定公司对外关系的法律文件，其目的是使公司的投资者及与公司进行交易的第三人知晓公司的基本情况，如公司的名称、资本与经营范围等。根据《美国标准商事公司法》的规定，发起人必须将组织大纲报请有关州政府批准并登记注册。组织大纲一般只能经股东大会决议才能修改或废除。

（2）内部细则

内部细则（英 Articles of Association，美 By-Laws）是在组织大纲的基础上订立的，处理公司内部各部门的设置及其关系，明确各自的权限及责任，以及业务的执行等内部事务的法律文件。内部细则的内容不得与组织大纲相冲突，并且一般只能在公司内部有效，不能对抗善意第三人。内部细则一般由董事会制定、修改或废除。英国和美国公司法中的这两个文件结合起来，相当于大陆法国家公司法中的公司章程。

股份有限公司的章程一般由发起人制定，有的国家还规定必须经创立大会通过，由法院或公证机关认证后，呈报政府有关主管机关进行登记，并在指定的报刊上予以公告。公司的章程必须交政府有关机关备案，以便公众及股东查阅。

公司章程一般应包括以下几项内容。

（1）公司名称

根据各国法律的规定，公司的名称不得与已经注册的公司的名称相同，以免混淆不清。凡是股份有限公司，必须在公司的名称之后加上“有限责任”的字样，其简写在英国多用 LTD.，在美国多用 INC.或 LTD.，法文与西班牙文为 S.A.，德文为 A.G.。

（2）公司的目的与经营范围

公司的目的是指公司成立的目的，也就是公司所要从事的各项业务。与自然人不同，公司的权利除受到法律的限制外，也受到自己章程规定的公司目的的限制。公司一般不得从事公司目的以外的业务。在公司章程中规定公司的目的，主要有两个方面的作用：一是保护公司投资人的利益，使他们知道自己所投入的资金将用于何种事业；二是保护与公司进行交易的第三人的利益，使他们知道该公司所享有的权利，知道公司有权做哪些交易。超越公司经营范围的行为，称为“越权行为”（Ultra Vires）。在英国和美国公司法中，凡是



越权订立的合同一律无效，双方不得请求法院予以强制履行，公司的股东大会也不得加以追认。这项原则的履行曾经相当严格，但是，随着社会经济活动的日益发展，这项原则逐渐不再适应商业交易的需要，也不利于对善意第三人的保护。英国公司法对传统的“越权原则”做出了修正。美国许多州的公司法已明确宣告废止这项原则。在大陆法各国家，虽然法律禁止董事会从事越权行为，但是董事会超越公司目的的行为对善意第三人具有约束力。欧洲共同体“1968 年第一号指令”对这项原则也做了修改，根据该“指令”的规定，凡是经公司董事会决定的交易，对于与该公司进行交易的善意第三人来说，均应视为在该公司的行为能力范围之内内的交易。

（3）公司的注册地

公司必须在章程中载明公司的注册地，这主要有两个作用：一是为了确定公司法人的国籍；二是为了便于通信联系以及在诉讼时作为送达传票与其他法律文件的法定地址。在美国，凡是在某一州成立的公司称为本州公司，在外州或外国设立而在本州境内营业的公司，则一律称为外国公司。德国公司法规定，公司的法定地址不一定在公司的经营管理所在地，但是必须在德国境内。英国公司法规定，在公司组织大纲中必须载明公司的地址是在英格兰还是在苏格兰。

（4）公司资本的总额以及每股的金额

各国对股份有限公司资本的最低金额一般都有具体的规定。例如，德国公司法规定，公司的资本额至少为 10 万马克；法国法规定至少为 50 万法郎；英国法规定至少为 5 万英镑。美国历来不重视公司的资本，只注重公司的经营能力，各州的公司法对股份有限公司资本的最低金额要求很低，有的州只要求有 1 000 美元的资本即可开始营业。至于股份有限公司资本的最高数额，各国法律都不加以限制。此外，在公司章程中还应载明股票的总额及其票面金额。

（5）通知或公告的方法

各国公司法均要求股份有限公司在公司章程中规定通知或公告的方法，一般情况下，通知可以以专人、邮件或公告等方式送出。以公告方式进行的应指定公告的媒体，一经公告，视为所有相关人员收到通知。公司召开股东大会的会议通知、股东大会的决议等，一般以公告方式进行。

（6）董事会、监事会的人数及第一届董事会、监事会成员名单及其地址

西方各国的公司法对管理机构的组织形式有不同的规定。例如，英美等国采取单一的董事会制度，而联邦德国则采取两级体制，设有监察人会 and 董事会。但是，不论采取哪种管理体制，在公司章程中都必须对管理机构的组成、职权及其人员的任免办法做出明确的规定。

3. 认购与缴纳股份

股份有限公司必须由发起人或社会上的其他投资者认购股份，筹足必要的资本才能设



立。从认购股份的角度看，公司的设立有两种认股方式：一种是由发起人认足全部股份，称为一次认股设立，也称发起设立；另一种是在社会上公开募股设立，称为招股设立，也称渐次设立。在西方国家，除了1965年联邦德国股份有限公司法规定只允许采取一次认股成立的方式，不允许采用渐次设立的方式外，其他国家对这两种认股设立的方式都不加以限制。实际上，在西方国家，现在许多股份有限公司都是采用一次认股的方式设立的。其办法是由银行财团充当公司的发起人，一次认足公司的全部股份，经过一段时间后，再把股票在股票交易所出售给公众。

为了保护第三人与股东的利益，防止发起人在认股或招股时营私舞弊，各国公司法对认股与招股程序和审阅手续都有具体的规定。例如，意大利与比利时的法律规定，在设立公司时，不论采取哪种认股方式，都必须采用公证文书，由公证人认证。在招股说明书中，必须详细载明法律规定的事项，其中包括公司的名称、公司的目的、股份总额及每股的金额、发起人所认购的股数、招募股份的总数及募足的期限等。法国公司法要求认股与缴纳股金都必须经过公证人证明。英国公司法规定，公司在向公众招募股份时，必须出具招股书（Prospectus），招股书必须由每位董事签字，并向公司注册登记处申报。招股书必须载明法律规定的必要事项，以便使投资者认真考虑，然后决定是否认购股份。投资者如果决定认购股份，可以在认股书上填写所认购的股份数量及金额并签字、盖章。认股人在认股后，应按规定缴纳股款。股款可以一次缴清，也可以分期缴付。根据德国股份有限公司法的规定，只要认足全部股份，并已缴付相当于股票票面额25%的股款的，公司即可以设立，其余股款可以在以后缴付。

股款一般应以现金缴付，也可以用实物抵作股款。为了防止发起人利用其有利的地位对实物作价过高，损害其他投资者与公司的权益，有些国家的公司法对实物作价规定了具体的监督审查办法。例如，德国股份有限公司法规定，凡是发起人以实物作价抵作股款者，应由法院在征求商会的意见后指定独立的审查员进行审查。如果审查员的意见与发起人的意见有分歧，则应由法院做出裁决。如果法院认为实物的作价有问题，则可以判令不准公司进行登记。德国法律还规定，凡是发起人或公司机构的成员有意把实物作过高的估计，致使其他投资者与公司遭受损失时，发起人与有关人员必须承担法律责任。1966年法国公司法也规定，凡是发起人以实物抵作股款的，必须由法院指定的独立审查员进行审查。审查员所提出的审查报告必须于召开公司创立大会之前提交商事法院书记处。法国法与德国法的不同之处在于，法国法没有规定法院可以实物估价过高为理由判令不准许公司进行登记。但是法国法规定，对于欺诈性的故意抬高实物作价的有关人员，法院可以依法给予刑事制裁。因此，发起人在以实物抵作股款时，对实物的估价必须公平、合理，否则就可能带来严重的后果。

4. 公司的注册登记

股份有限公司的设立必须向政府有关主管部门办理注册登记。注册登记是公司取得法



人资格的关键步骤，是公司成立并开展业务的必要条件。为防止滥设公司及利用公司从事非法活动，各国公司法都规定公司的设立必须经过严格的法律审查程序。

按照德国的法律要求，公司的设立必须经过三个步骤：首先，必须由发起人把公司章程以及有关办妥法定手续的声明与审查报告提交公证人予以证明，或者以法院证明的公文书制定；其次，必须由发起人把上述有关文件报请注册地的法院进行司法审查；最后，必须由发起人向公司营业所所在地的公司登记处进行注册。只有在三个步骤手续都完成时，公司才能取得法人资格。

按照法国的法律要求，公司的设立必须经过双重审查，即公司内部的审查与政府机关的审查。首先，应由发起人及公司的有关机构检查其是否已经履行了设立公司的必要手续，并做出声明，表明该公司已完成设立程序并符合法定要求，发起人必须对此项声明的正确性负刑事责任与民事责任。其次，由发起人把公司章程及有关文件向商业登记处的书记官进行公司登记，由登记处根据上述声明进行审查，如果认为符合法定要求，则予以登记，公司即告成立。

按照英国的公司法规定，凡依照 1948 年公司法设立的公司都必须向政府主管部门进行登记。发起人在向公司登记处申请公司登记时，必须提交若干必要的文件，其中最主要的是公司组织大纲，通常还包括公司内部细则。如没有拟定公司章程，则适用 1948 年公司法所附列的标准章程。公司登记官应对申请设立公司的有关文件进行审查，如果认为符合法定要求，在缴足登记手续费与捐税后，则向发起人颁发登记证书（Certificate of Incorporation），公司即告有效成立。

按照美国各州的公司法的规定，公司设立登记的程序大体上是相同的。一般都要求公司的发起人必须把公司章程及其他有关文件向州政府申请登记，并缴纳有关的手续费与捐税。州政府经过审查合格后颁发公司登记证书，公司即告成立。因为美国没有统一的公司法，所以，在美国设立公司不能向联邦政府机构提出申请，而必须在美国 50 个州中选择其中的一个州提出设立公司的申请。公司经某个州批准注册登记后，在其他各州只要办理简单手续即可开展营业，公司的主营业所也可以设在其他州，但是必须在公司的注册所在州指定一名代理人。美国特拉华州的公司法对公司设立的程序要求也比较简便，对外国人作为股东或担任公司董事没有任何限制，对公司的年度报表要求也比较简单，公司的创办费用与每年缴纳的费用也比较适当。因此，许多公司都在特拉华州办理设立登记手续，其主营业地却不设在该州。



提示 公司的设立与成立的区别

① 发生的阶段不同。设立与成立是公司取得法定资格的过程中一系列连续行为的两个不同阶段：设立行为发生在公司成立之前，而成立则发生于公司被依法核准之时。因此，成立是设立行为被法律认可以后依法存在的一种法律行为。



② 行为性质不同。设立行为发生于发起人之间，是一种私法行为，而成立则发生在发起人与主管机关之间，是一种行政行为，具有公法性质。

③ 法律地位不同。公司在被核准登记之前，被称为设立中的公司，这时的公司还没有法人资格，其内、外部关系一般被视为合伙，如果公司最终未被核准登记，那么，因为设立公司所发生的债权债务关系，类推适用于有关合伙的规定；如果公司被核准登记，那么，发起人为设立公司所实施的法律行为，其后果属于公司。公司一经获准成立，即取得法人资格，其债务由公司承担。

2.3.2 股份有限公司的资本

1. 公司资本的概念

公司资本的概念有两种，即“广义公司资本”和“狭义公司资本”。广义公司资本，是指公司用以从事经营与开展业务的所有资金和财产，包括公司自有资本（Equity，也称“衡平资本”）与借贷资本（Loan Capital）两部分。狭义公司资本，则仅指公司自有资本。本章所讨论的公司资本仅指狭义资本。股份有限公司的资本主要是通过向社会公开发行股票而募集的，一般称为“股份资本”（Share Capital），简称“股本”。

公司资本的经济意义是公司开展业务的物质基础，法律意义是公司对第三人的最低财产担保。股份有限公司是法人，可以拥有自己的财产，并以自己的全部财产对债权人承担责任。公司的财产独立于股东的个人财产而存在，股东对公司债务的责任仅以出资额为限。因此，股份有限公司的资本对股东、债权人以及公司自身的发展均有十分重要的意义。为了保护公司股东及债权人的利益，各国公司法对公司资本都做了以下具体的规定：① 公司的资本额必须在公司章程中载明，未经股东大会同意修改章程，公司资本不得随意增减；② 公司设立必须拥有一定数量的资本，任何股份有限公司的资本都不得低于法定最低资本额；③ 公司必须经常维持与公司资本额相当的实际财产，不得以公司的资本进行分红；④ 对公司资本的管理采取“授权资本制”或“法定资本制”。

英国、美国与荷兰等国家采取“授权资本制”。根据这种资本制度，公司的资本分为“授权资本”（Authorized Capital，也称核准资本）与“发行资本”（Issued Capital）。公司必须要在公司章程中载明授权资本的数额，但是在公司设立时，不必根据授权资本的数额全部发行股份，而可以先发行一部分，其余则留待日后根据公司业务发展的需要决定是否发行。所以，授权资本并不代表公司实际拥有的资本，只是公司有权通过发行股份而募集资本的最高限额，是一种名义资本（Nominal Capital）。发行资本才是公司真实的资本。授权资本制使公司在财务方面具有一定的灵活性，减少了公司在授权资本额内增加资本的程序，而且便于公司在日后发行新股时把认股权交给本公司的高级职员。

联邦德国、法国等大多数大陆法国家采取“法定资本制”。根据这个制度，公司章程中所载明的公司资本额，在公司设立时必须全部由认股人认购完毕，否则公司不得成立；如



果公司增加资本，就必须修改章程。法定资本制有利于保证公司拥有充实的资本，防止利用公司进行欺诈与投机行为的发生。但是，法定资本制对于资本充足的要求过于严厉，已不适应现代股份公司发展的客观需要。因此，一些大陆法国家已经开始放弃或部分放弃法定资本制而仿效授权资本制。例如，日本公司法规定，公司在设立时只需发行股份总数的1/4即可，其余股份可以在公司成立后由董事会决定发行。德国公司法规定，当董事会根据股东大会授权发行新股增加资本时，可以分一次或多次完成，但是期限不得超过5年。

2. 股份与股票

股份有限公司的资本均分为股份。股份是均分公司资本的基本单位，每股份所代表的金额相同。股份也是股东在公司享有权利的单位，股东的权利取决于他所认购股份的性质与数量，拥有同样性质和数量的股东其权利原则上相同。例如，一家资本总额为1000万元的股份有限公司，可以把股份分成100万股，每股为10元，也可以分成10万股，每股为100元，等等。

股票（Certificate of Share, Stock）是股份有限公司股份的表现形式，是代表股权的文书凭证，也是股东身份的证明文件。合法持有公司股票的人即可根据该股票行使股东权利。股份有限公司的股票是一种可以转让的有价证券。在股份有限公司中，股份的转让是以交付股票的形式进行的。

从不同的角度可将股份有限公司的股份划分成不同的类型，主要有以下几种。

（1）记名股与无记名股

凡是在股票上载有股东的姓名，并记载于公司的股东名册上的股份称为记名股（Registered Stock）。记名股除被记名的股东外，其他持有人不得行使其股权。凡是在股票上不记载股东姓名的股票称为无记名股（Stock to Bearer），此种股票的持有人可以享有股东资格，行使股东的权利。根据有些国家的公司法的规定，记名股在公司设立登记后，虽然股款尚未缴清，亦可以发行；无记名股必须在缴足股款之后才能发行，因为这种股票上没有记载股东的姓名，如果允许股东缴付部分股款就发给股票，日后无法催缴未缴付的股款。

（2）有票面金额股与无票面金额股

根据股票票面上是否载明一定的金额，股份可分为有票面金额股与无票面金额股。有票面金额股是指在票面上载有一定金额的股份，如在票面上载有每股10美元或100美元等。无票面金额股又称为份额股，它是以公司价值的一定比例为其划分的标准，票面上不载明金额，其价值随公司财产的增减而增减。这种股票在美国比较常见，但欧洲大陆国家（如法国）的法律规定股份有限公司只许发行有票面金额的股票，不得发行无票面金额的股票。

（3）普通股与优先股

普通股（Common Stock），即通常的股份，它是与优先股相对而言的。普通股是股份有限公司最重要的一种股份，是构成公司资本的基础。普通股的股东在公司把红利（Dividends）分派给优先股的股东之后，有权享有公司分派的红利；在公司解散或清算时，



也有权在公司的财产满足了其他债权人的请求权之后,参与分配公司的财产。普通股没有固定的红利率,其红利的多少完全取决于公司的经营状况。普通股的股东一般有表决权,可以选举公司的董事会或监事会,从而对公司的经营管理有一定的发言权。

优先股(Preferred Stock),是指在分派公司的红利与在公司清算时分派公司的财产两个方面,比普通股享有优先权的股份。根据有些国家的法律的规定,优先股可以在公司设立时发行,也可以在公司增募股本时发行,法律上不加以任何限制。但是,有些国家的法律规定,优先股只能在特殊的情况下,例如,在公司增资配股或清理债务时才能发行。由于这种股份大都是在公司增募资本时发行的,因此,为了吸引投资者,公司给予他们某种优先的权利。但是,优先股的股东一般在股东大会上没有表决权,不能参与公司的经营管理。但是,如果公司规定涉及优先权所保障的权利时则属于例外,在这种情况下,优先股对于这种问题可以有表决权。

优先股的股利是固定的,一般都在发行股票时予以确定。例如,可以规定优先股的年利率为10%或8%等。优先股根据不同的情况又可以分为累积优先股(Cumulative Preferred Stock)与非累积优先股、参与优先股(Participating Stock)与非参与优先股、可调换优先股。

1) 累积优先股与非累积优先股。根据优先股的股利是否累积计算,将优先股分为累积优先股与非累积优先股。累积优先股是指在某个营业年度内,公司的赢利不足以分派规定的股利时,优先股的股东不能全部取得规定的股利,日后公司赢利丰厚时,优先股的股东对往年欠付的股利,有权要求如数补发。例如,某公司发行累积优先股规定其年利率为10%,如果在过去的两年中公司不景气,获利甚少,每年只能发给优先股5%的股利,到第三年时,公司生意兴隆,获得巨额利润,则公司对累积优先股的股东除付给当年10%的股利外,还应补发前两年所欠发全部股利(每年欠发5%)。如果补发完毕后还有剩余,才能把剩余的赢利分派给普通股的股东。非累积优先股的股利不能连续计算,即使公司有巨额利润,其股东也不能要求公司补发所欠发的股利。由此可见,投资人投资累积优先股比投资非累积优先股具有更大的优越性。

2) 参与优先股与非参与优先股。根据能否参与普通股的红利分配,将优先股分为参与优先股与非参与优先股。参与优先股,是指当公司赢利较多时,优先股的股东除按固定股利率分得股利外,还可以参与给优先股分派股利后剩余红利的分配。非参与优先股,是指优先股的股东虽然可以有优先分派红利的权利,但是他所获得的优先权利仅限于事先固定的股利率,如果公司的获利超过这个数额,这种优先股无权参与再分配。虽然优先股在分派公司红利方面比普通股有优先权,特别是累积优先股的优越性更大,但是这种优越性主要是在公司获利不多的情况下才能充分显示出来,才能对保护优先股的股东具有实际的意义。如果公司经营出色,连年获得高额利润,则优先股所分得的股利反而可能远远低于普通股所分得的股利,因为优先股的股利是固定的,不因公司获得巨额利润而提高,而普通股的股利是不固定的,完全取决于公司的经营状况。例如,某公司股本总额1 000万元,



其中 800 万元为普通股，200 万元为优先股，其股息定为 10%。年终结算时除提存公积金及其他开支外，还有 260 万元赢利可作为红利进行分配，如果该优先股为非参与优先股，则：

分派给优先股的红利为： $2\,000\,000 \times 10\% = 200\,000$ （元）

可分派给普通股的红利为： $2\,600\,000 - 200\,000 = 2\,400\,000$ （元）

普通股的红利率为： $2\,400\,000 / 8\,000\,000 = 30\%$

如果该优先股为参与优先股则：

普通股的红利率为： $2\,400\,000 / 10\,000\,000 = 24\%$

参与优先股的红利率为： $10\% + 24\% = 34\%$

由此可见，在公司获得高额利润的情况下，优先股所得到的股利反而不如普通股多。因此，有些公司为了吸引投资者认购优先股发行了参与优先股。参与优先股与非参与优先股的主要区别在于：参与优先股的股东除优先根据规定的股利率（如 10%）领取股利外，还有权与普通股的股东一道以平等的比例参与分配其余的赢利，即可以取得双重的分红权。所以，在公司获利甚丰的情况下，参与优先股所处的地位远胜于普通股，这种优先股的股东具有比普通股的股东分得更多股利的权利。

3）可调换优先股（Convertible Preferred Stock）。这是近年来逐渐流行的一种优先股，这种优先股订有一项条款，允许其持有人在某种情况下要求调换为一定数量的普通股。例如，当某公司在发行可调换优先股时，如果当时普通股每股的市场价格为 19 美元，则可以在优先股上订明一项可调换条款，规定新发行的每股票面价值 100 美元的优先股，在发行后的若干年内的任何时候都可以调换成该公司发行的 5 股普通股。至于调换与否，由该股票的股东自行决定。

大多数优先股还订有一项条款，允许发行该类股票的公司原来价格的基础上加上一一定比例（如 10%）的补偿金予以赎回（Call-in）。如果该公司认为能够以较低股利的股票代替已发行的优先股时，就往往行使这种权利，赎回已发行的优先股。

（4）回收股

回收股（Treasury Stock）又称库藏股，是指公司收买自己的股票而把它存入公司的金库。关于公司是否有权用公司的资本或法定的公积金收买自己发行的股票的问题，各国法律有不同的规定。有些国家，如意大利与比利时的法律规定，除非为了减少公司的资本，禁止公司用公司的资本或法定公积金买回已发行的股票，但是对于优先股则不在此限。美国的法律则与上述各国的法律有所不同。根据美国的法律，公司可以向股东买回普通股的股票，但是有两点限制：一是这种回收股没有表决权；二是不得领取红利。这种做法在公用事业中较为常见，例如，铁路公司与交通运输公司等企业有时采取这种做法，其目的是避免在企业收归国有时使投资者遭到损失。美国的一些企业在与其他国家的企业进行合资经营时，往往也要求在合资经营的合同或协议中规定，允许投资者逐年收回其投入企业的资金。这也是它们担心合营企业被对方国家收归国有所采取的一种预防措施。这与公司收



买自己发行的股票的做法也有相似之处。

股份有限公司的股票原则上都可以转让。因为股份有限公司是“资本的组合”而不是“人的组合”，只要股份的总数没有减少，股票持有人发生变化并不影响公司的存在。这是股份有限公司与合伙企业的一个主要区别。

但是，某些国家对于股份的转让也有一定的限制。例如，有些国家的公司法规定，公司的发起人，因为与公司有特殊的利害关系，所以，在公司成立未满一年时，不得出让其股份。这是为了防止发起人以设立公司为名，从中作弊。有些国家对把股份转让给外国人也有一定的限制。例如，英国公司法规定，如果把英国公司的股份转让给非居住在联合王国、英法海峡各岛（Channel Islands）、马恩岛（Isle of Man）、爱尔兰（Ireland）与直布罗陀（Gibraltar）的居民，则必须事先取得财政部的同意。英国与美国对于不上市公司（英国称为 Private Company，美国称为 Close Corporation）的股票转让也有所限制。这种公司的股票不能在股票交易所进行买卖。因为这种公司通常是由互相熟悉与信任的人组织起来的，除法律上对这种公司股份的转让有一定的限制以外，这些公司在其公司组织大纲或公司细则中对其股票的转让也规定了具体的限制。其目的是防止由于股份的转让而使一些不受欢迎的外来人跻身于股东的行列，但是这种限制必须合理。根据美国的法律，如果对股份转让的限制过严，实际上使得股份根本不能转让时，这种限制将被认为违反公共政策，因而是无效的。至于合理的限制与适度的限制则是允许的，通常的限制是要求股东首先把股票转让给本公司的其他股东，如果本公司的股东不愿接受转让时，才可以再转让给股东以外的人。

股份转让的手续相当简便。无记名股的转让只要把股票交付给受让人，即可达到转让的法律效果。记名股的转让必须由出让人在股票上背书，并且必须把受让人的姓名与地址登记在公司的股东名册上才能生效。

3. 公司债与公司债券

公司债（Debentures）是指公司通过向社会发行债券所借之债。公司债券（Bonds）是指表明公司债的有价证券。公司债一般都规定一定的偿还期和利息率，不论公司是否赢利，都必须按期向债券持有人支付规定的利息，并在规定的期限届满时偿还全部债款。

公司债主要有两种：一种是无抵押的公司债（Debentures），这种公司债仅以公司的信用（Credit）担保，没有其他抵押品作为担保。一旦公司到期无力清偿债务，这种公司债的持有人只能以公司一般债权人的身份对公司提起诉讼，要求在公司清算时予以补偿。另一种是有抵押的公司债（Mortgage Debentures），即以公司财产之全部或一部分作为偿还本利的担保而发行的公司债。如果公司到期无力清偿本息，债券持有人对作为抵押品的公司财产有权自由处置，这种公司债比无抵押权的债券更能保护持有人的利益。

发行股份与公司债是有限公司筹措资金的两种主要形式，但是它们是两个不同的概念，两者具有较大的差别，主要表现在以下五个方面：



1) 股份的持有者是公司的股东，是公司的成员，而公司债的持有人则仅仅是公司的债权人，与公司是债权债务关系。

2) 股份是一种永久性投资，股东不得要求公司返还股金，而公司债则有一定的清偿期，届时公司必须返还本金。

3) 股份（普通股）通常没有固定的红利率，只有当公司赢利后才能进行分红，而且红利率随赢利的多少上下浮动，而公司债则有固定的利息率，无论公司是否赢利，公司债持有人均有权请求按期支付利息。

4) 股东作为公司的成员有权参加股东大会并进行投票，对公司的经营决策有参与权，而公司债持有人则一般无权参与公司的经营管理活动。

5) 当公司解散时，公司债持有人优先于股东得到清偿。

从上述差别可见，股份投资的风险大于公司债，但是股东对公司的事务有发言权和较大的影响力，其赢利的机会及幅度也较高。由于优先股的出现与推广，现代股份有限公司中公司债与股份的差别日渐缩小，一些公司发行“可转换公司债券”（Convertible Bonds），更加缩小了这种差别。这种公司债券一般在发行时在债券上载明一项条款，明确规定债券持有人可以在一定的期限内把公司债券调换成若干普通股的股票，如果债券持有人认为该公司有发展前途，则可以在规定期间内把公司债券调换为股票，从而成为公司的股东。

4. 红利与公积金

(1) 红利

红利（Dividends）是公司赢利中用以分派给股东的部分。股东向公司投资的目的，主要是获利。因此，如果公司获得利润，就应分配给股东。公司的赢利主要来自两个方面，一是由营业结果取得的收入，称为营业盈余（Earning Surplus）；二是非由于营业结果所取得的收入，例如，股票溢价出售与资产增值等，称为资本盈余（Earning Surplus）。

红利分派的程序，通常是在每财务年度决算时，由公司董事会提出分派红利的方案，提交股东大会通过，经股东大会做出决议后，由公司将应发红利按股东出资的多少向股东支付。

红利与利息（Interest）是不同的。利息是一种债务，不论公司获得利润与否，都必须按期向债券持有人支付。红利只能从利润中分派。各国公司法都规定，公司只有在获得利润时才能分派红利，不得以公司的财产作为红利分派给股东。否则，如果公司连年亏损，公司的资本就有可能分光耗尽，从而有倒闭的危险。为了巩固公司的财政基础，许多国家的公司法还规定，公司的利润必须在弥补亏损及提存公积金之后才能作为红利分派给股东。

(2) 公积金

公积金（Reserve Funds）是公司为了弥补意外亏损，扩大营业范围，或为了巩固公司的财政基础，从公司的赢利中提取一部分，不作为红利分配，而保留在公司内部，以备必要时使用的基金。



公积金依其性质大体上可以分为两种：法定公积金和任意公积金。

1) 法定公积金。指按照公司法的规定必须提存的公积金。例如，法国与德国的股份有限公司法律规定，公司必须从每年的纯利润中提存 5% 的公积金，直至达到资本总额的 10% 为止。这是属于强制性的规定，不得以公司章程或股东大会的决议予以变更。但是，美国公司法与其他国家公司法的规定则有所不同，美国法不要求公司必须从利润中提存公积金。根据各国法律的规定，公积金可以转化为资本，也可以用来弥补亏损，但是不能作为红利分配。

2) 任意公积金。公司除依公司法提存法定公积金外，还可以经股东大会决议，从盈余中另外提存一部分作为公司的公积金，这种公积金称为任意公积金。

2.3.3 股份有限公司的组织与管理

股份有限公司是一种法人组织，必须借助于自然人从事业务活动。根据各国公司法的规定，对外公司必须通过其授权的代理人才能订立合同；对内公司的经营管理活动十分复杂，涉及决策、执行、代表与监督等不同的职能。不同的职能通常由不同的个人或集体行使。公司内部设置是履行公司经营管理不同职能的机构，一般称为公司的“机关”(Organs)。根据各国公司法的规定，股份有限公司的机关主要有股东大会、董事会与监事会三种。

1. 股东大会

股东大会由全体股东共同组成，其形式为非常设机构，其性质为公司的最高权力机构，对公司的经营管理拥有广泛的决策权，包括公司董事的选任与解任。股东通过参加公司的股东大会，表达自己的意志、利益和要求。股东大会 (General Meeting) 分为定期股东大会 (Regular Meeting) 与临时股东大会两种。定期股东大会每年召开一次，因此又称为股东年会 (Annual Shareholder's Meeting)；临时股东大会由董事会 (有些国家是由监察人或监察人会) 认为必要时，或由超过股本总额一定百分比的股东的请求而召开。在一般情况下，临时股东大会讨论与决议一些特别重要的事项，因此，有时也把它称为股东特别大会 (Shareholders' Special Meeting)。

股东大会一般由董事会召集，董事长就是股东大会的主席。在召开股东大会时，董事会应根据公司法的要求或公司章程的规定，在会前若干天 (如一个月) 将会议的日期、地点以及提交股东大会决议的事项通知各股东，并登报予以公告。



提示 股东大会是否只能由董事会召集？

依据各国的公司法，有召集股东大会权力的人并不仅仅是董事会，还可以包括：① 少数股东。多数国家的公司法都规定，占有公司一定股份比例的股东有权召集股东大会。② 监事会。有的国家赋予监事会直接召集股东大会的权利，如德国。③ 清算人。当公司进入清偿程序之后，清算人有权为处理某些具体的事情而请求召集股东大会。④ 依一些国家的规定，股东大会还可以应法院的命令召集，在意大利、德国、美国等国家都有类似的规定。



关于股东大会的权限，各国公司法的规定不完全相同。一般股东大会的权限主要有以下六项：① 选任与解任董事；② 决定红利的分派；③ 变更公司的章程；④ 增加或减少公司的资本；⑤ 审查董事会提出的营业报告书、资产负债表（Balance Sheet）及其他表册；⑥ 决定公司的合并或解散。从理论上说，大多数国家仍然认为，股东大会是股份有限公司的最高权力机构，但是，实际上现代各国的公司法对股东大会的权限都在不同的程度上加以限制，股东大会的地位与作用日益下降。许多国家的公司法都以不同的方式把公司的经营管理权交给董事会或执行会处理，而对股东大会干预公司经营管理的权力加以限制。例如，德国股份有限公司法规定，董事会在业务管理方面享有“专属权限”，这种权限原则上是不受限制的，股东大会对有关业务执行问题所做出的决议，不能限制董事会的权限。应当指出的是，根据某些国家的公司法的规定，选任董事与解任董事的权力已不属于股东大会，而属于监事会。例如，德国股份有限公司法规定，股份有限公司设有监事会与董事会双重机构，监事会的成员由股东大会选任与解任，而董事会的成员则由监事会选任与解任，股东大会不能直接干预。又如，根据1966年法国公司法的规定，股份有限公司可以采取董事会制，也可以采取监事会与执行会制，究竟采取哪种管理制度，可以在公司注册时做出决定，也可以在日后由股东大会决定。如果采取董事会制，则由股东大会选任与解任董事会的成员；如果采取监事会与执行会制，则股东大会只能任命与解任监事会的成员，而不能参与执行会成员的任命，执行会的成员由监事会任命，但执行会成员的解任权属于股东大会，股东大会有权根据监事会的建议解任执行会的成员。

股东大会必须达到法定人数才能开会，各国对法定人数（Quorum）有不同的规定。例如，美国大多数州的公司法规定，股东年会必须有50%以上的股东出席才能开会；法国法规定，只有代表股本总值25%的股东出席，才能召开股东大会。


股东大会的决议案是由参加会议的有表决权的股东表决通过。股东有权参加股东大会，普通股的股东一般都有表决权，原则上是一股有一个表决权，优先股的股东则没有表决权。普通决议由出席大会的有表决权股东的简单多数同意即可通过，特别决议必须由出席大会的有表决权股东的2/3或3/4多数同意方可通过。

表决权是公司股东权利的中心内容，股东通过行使表决权对公司进行有效的控制。表决方式是采用投票制，一般是由参加会议的股东本人投票。但是，实际上股份有限公司的股票非常分散，大多数持有零星股票的股东都不参加股东大会，而是通过填写委托书委托代理人代表其在股东大会上投票。委托书（Proxy）由公司的管理机构在会前印发给股东，股东在填妥并签字后退回公司，到股东大会开会时，被指定的代理人即可代表股东出席股东大会，行使股东的权利。例如，美国《特拉华州公司法》规定可以采用代理方式表决，代理表决时应签署代理委托书，除另有规定外，代理有效期为3年。为了维护少数股东的利益，有些国家，例如，美国各州的公司法都允许股东大会在选举董事会成员时，可以实行累积投票制（Cumulative Voting），即允许股东根据应选董事的人数，把全部票数集中投



于他所属意的董事名下。例如,某公司的一个股东拥有 1 000 股股票,如果应选董事为 5 名,则他可以投 5 000 票。根据累积投票制,他可以把全部 5 000 票集中投在他所选择的一名董事身上,这样就可能使得少数股东选出一名他们认为能够代表他们利益的董事参加董事会。但是,有些国家,如英国等国家的公司法则不采取这种制度。根据这些国家的法律,在选举董事时严格实行一股一票制,不论公司应选举几名董事,每股对每个董事候选人只能投一票,其结果必然是握有多数股份的股东可以操纵董事会的选举,而少数股东提出的董事人选就很难当选。

在进入 20 世纪以后,特别是第二次世界大战后以来,这种以股东大会为中心的体制逐渐发生了很大的变化,股份有限公司中出现了“所有权与经营权相分离”的发展趋势。股东大会的权限与作用日益减小,而董事会与经理等在公司的经营管理活动中则日益发挥越来越重要的作用。造成股份有限公司中所有权与管理权分离的直接原因主要是:① 随着股份有限公司规模的日益扩大以及小额股票的大量发行,股东人数不断地增加。例如,美国电话电报公司在 1982 年拥有 302.6 万名股东,通用汽车公司则有 119.1 万名股东,由于股票过于分散,股东们很难联合起来发挥作用。② 随着科技的进步,现代化的公司企业管理的技术性与专业性很强,也非常复杂,绝大多数股东由于知识、能力与时间等方面的局限,没有能力承担公司的管理任务。③ 许多股东只追求自身的投资利润,并不希望参与公司的管理。就经济方面而言,他们把公司的业务管理交由有经验的专家组成的董事会负责,不让股东大会过多地干涉企业的经营管理,这对提高公司的管理水平,促进公司管理的科学化,为投资者赚取更多的利润是有好处的。

 **提示** 在有限责任公司的股东会职权的规定中,有关于“对股份转让做出决议”这个内容,在股份有限公司的股东大会职权中却没有这种权力,原因是股份有限公司股东大会的职权没有规定对股份转让做出决议这个内容,这是由股份有限公司的特点所决定的。在股份有限公司,股票可以自由转让,因此不必由股东大会对这个问题进行讨论或者决议。

2. 董事会

董事会 (Board of Directors) 是股份有限公司的业务管理机构,负责处理公司的经营理事宜,董事会对股东大会负责。随着董事会的地位与作用的加强,董事会已成为领导企业的最重要的机构。

(1) 董事会的组成

各国公司法对董事会的人数有不同的规定,但多是基于如何使董事会更有效地领导公司业务而确定,因为董事会人数过少易出现独裁现象,人数过多则可能导致效率低下,因此,各国公司法一般都规定最高和最低人数。例如,1966 年德国股份有限公司法规定,董事会至少必须由 3 人组成;股本金额在 120 万马克以下者,不得超过 9 人;股本金额在 800



万马克以下者，不得超过 15 人；但是无论如何，董事会的人数最多不得超过 21 人。英国公司法规定，上市公司的董事至少为 2 人，不上市公司的董事至少为 1 人。美国有些州的公司法允许公司指派 1 名董事主持公司的业务，但是一般都由 3~5 名董事组成董事会。

董事是由股东大会选举产生的，负责对公司的经营管理进行决策。各国公司法对于董事的资格，都有具体的规定。这些规定主要包括国籍限制、年龄限制、持股限制、兼职限制、能力品行限制等。例如，瑞士公司法与法国公司法规定，董事必须由股东担任，非公司的股东不得担任董事的职能。又如，英国、美国、德国及日本公司法则允许由非股东担任董事，其立法目的是让擅长企业管理的专家充当董事，以提高企业的效率。后者反映了当代公司法发展的趋势。此外，大多数国家的公司法还规定，公司的董事可以是自然人，也可以是公司或其他法人，但是公司或法人担任董事时，必须指定有行为能力的自然人作为其代理人。德国公司法规定，董事资格仅限于有行为能力的自然人。我国公司法规定有下列情形的不能担任公司的董事：无民事行为能力或限制民事行为能力；因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或破坏社会公共秩序罪被判处刑罚或因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾 5 年；担任因经营不善破产公司、企业的董事或厂长、经理并对破产负有责任的，自破产清算完结日起未逾 3 年；担任因违法经营被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人并负个人责任的，自营业执照被吊销之日起未逾 3 年；个人负较大数额债务到期未清偿。

董事会一般设有董事长与副董事长。在董事人数较多的情况下，还可以设立常务董事或执行委员会，负责主持企业的日常业务。根据美国公司法规定，董事会除董事长之外，还设有 1 名秘书与 1 名财务。英国的股份有限公司只设 1 名秘书，不设财务。根据法国公司法规定，如果公司采取董事会制，则实行董事长兼总经理的制度，即董事会选出的董事长当然兼任公司的总经理。其他国家虽然在法律上也允许董事长兼任总经理，但是并不是当然的公司总经理，换言之，董事长可以兼任公司的总经理，也可以不兼任公司的总经理。德国的股份有限公司则与此不同，根据德国法律的规定，董事会的成员一律不得兼任公司的总经理或经理。

（2）董事会的权限

董事会作为股份有限公司的管理机构，具有十分广泛的权限。许多国家的公司法规定，除公司法或公司章程规定应由股东大会决议的事项外，公司的全部业务均可以由董事会执行。德国股份有限公司法明确地规定，董事会是股份有限公司的领导机关，“董事会应以自己的责任领导公司”。这就是说，公司的领导权限专属于董事会。除法律另有规定外，无论是公司的章程，还是股东大会的决议，都不能限制董事会的专属权限。但是凡属涉及公司的存灭及组织结构的变更等事项，例如，公司的合并、组织变更与解散等重大问题，其权限专属于股东大会，董事会无权对上述事项做出决定。

美国商业公司样板法授予董事会以十分广泛的权力，根据该法第 35 条的规定，除该法



或公司章程另有规定外，公司的权力应由董事会行使，公司的业务事宜亦应在董事会的领导下进行。董事会有权决定公司的方针政策，并有权选派负责管理公司的日常业务的高级职员。

根据英国公司法的规定，董事会的权限主要由公司章程规定。因为英国公司法除规定若干重要事项，例如，有关修改公司章程或变更公司的资本等，必须由股东大会做出决定外，其他有关股东大会与董事会之间的权限划分，均可以由公司章程规定。公司章程一般都给予董事会以广泛的权力。原则上，公司的业务管理权以及根据公司法的规定不属于股东大会行使的权力，都可以由董事会行使。英国公司法还规定，凡是根据公司章程的规定应属于董事会权限范围内的事宜，董事会可以不受股东大会决议的约束，股东大会的决议不能推翻董事会在其权限范围内做出的决定。

（3）独立董事

独立董事是独立的非执行董事的简称，指除董事职务外不在公司担任其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立判断的一切关系的特定董事。独立董事起源于英美法系国家，且主要在这些国家盛行。原因在于这些国家实行单一的董事会制度，公司不设专门监督高层管理人员之职责的独立的监督机关——监事会，董事会集经营上的指挥权和监督权于一体，然而，由于董事会受高层管理人员的控制，它根本不能对高层管理人员实行有效的监控。为了实现董事会对于高层管理人员的独立，从而达到董事会对高层管理人员有效监控的目的，董事会必须由非管理层的外来的人占主导地位。

独立董事具有如下特点：① 独立董事是上市公司中保护广大股东利益的外部人员；② 独立董事必须独立于公司的管理层；③ 独立董事应当具有丰富的商业经验。独立董事除享有公司法赋予公司董事的一切职权外，还享有以下特别职权：提案权、聘任权、征集权、决策建议权与组织领导权，而且与其他董事一样，对上市公司及全体股东负有忠实、诚信勤勉、禁止滥用权力的义务。对于对立的法律标准问题，根据美国公布的最新规则解释，主要包括以下三个标准：第一，与公司无商业关系；第二，非公司雇员或公司行政管理人员直系亲属；第三，与公司的任何管理人员之间不存在交叉性报复的联系。在美国，大多数公司的独立董事都是现任或已退休的其他公司的高层管理人员，他们经验丰富，与公司的经营决策没有直接和利害冲突，处理问题比较客观，确实对公司的内部董事能起到一定的监督和平衡作用。

（4）董事的责任

英美法系认为，董事与公司的关系是一种信赖关系（Fiduciary Relations），应负最大善意的注意义务。如英国公司法认为，董事兼有公司的受托人（Trustee）与代理人（Agent）双重身份，不仅应尽到代理人对委托人（Principal）应尽的义务，而且应当承担受托人对受益人（Beneficiary）应尽的义务。董事在管理公司的业务时，应当小心、谨慎行事，并以



自己的技能为股东与公司谋利益。具体而言，董事的责任主要有以下六项：① 以应有的谨慎与技能（Care and Skill）履行其职责；② 不能使自己个人的利益与对公司的责任发生冲突，不能从事与公司相竞争的业务；③ 不能把公司的金钱借贷给董事；④ 不能以董事的身份谋取个人的利益；⑤ 如果董事在与公司签订合同时直接或间接地涉及个人的利益，必须把有关情况在董事会上做出说明；⑥ 董事对涉及其个人利益的合同或其他安排，不得在董事会上参与投票，如果参加了投票，则不得计算票数。

如果董事违反其职责，则可以依法追究其法律责任；董事违反职责所取得的利益，根据衡平法上有关信托的法律应全部属于公司所有；如果董事违反法律或违反职责而使公司或第三人遭受损失，则董事必须承担损害赔偿赔偿责任。

联邦德国股份有限公司法与日本商法对董事的责任都有详细的规定。如根据 1950 年修改的《日本商法》第 266 条的规定，董事必须对下列事项负有偿还或赔偿的责任：① 违法分配股息。股份有限公司非弥补亏损并扣除公积金后，不得分派红利，如果公司违反此项规定分配股息，则债权人有权要求返还违法分派的金额。如果董事参与董事会的决议，将此项违法分派股息的决议案提交股东大会通过，则应与公司连带承担返还违法分派股息金额的责任。② 不得将公司的款项垫借给其他董事，凡是在董事会上赞成此种垫款的董事，必须承担返还垫款的责任。③ 不得从事与公司相竞争的业务。④ 董事为个人的利益与公司进行交易时，如果使公司遭受损失，就应对公司承担损害赔偿的责任。

值得注意的是，近年来，随着董事会权力的不断扩大，大多数国家的法律都出现了一些加重董事责任的新规定。根据这些国家的法律规定，如果董事由于缺乏应有的谨慎注意而使第三人，特别是使公司债权人的利益受到损害时，董事必须承担特定的责任。如联邦德国的法律规定，凡是董事由于严重地违反法定的谨慎注意的义务，使公司的债权人受到损失而后者又不能从公司那里得到赔偿时，董事应对他们承担损害赔偿的责任。《意大利民法典》第 2394 条规定，董事必须就保管公司财产的义务所犯的过失向公司的债权人负责，因为董事的过失而使公司的财产不足以清偿债权人时，债权人有权对董事起诉，要求董事赔偿他们的损失，即使公司放弃对董事的起诉，公司债权人仍然可以对董事起诉。根据法国 1966 年公司法的规定，公司董事个人以及其他董事必须连带就违反法律、公司章程或经营中的过失对公司及第三人负责。如果公司破产后，公司的财产不足以清偿债务时，商事法院可以判令公司的董事长、全体董事或某些有关的董事承担公司债务的全部或一部分，除非这些董事能证明他们在经营公司的业务上已经做到了领取工资的受任人所应有的谨慎注意。而且，董事不得以公司章程或股东大会关于限制公司债权人诉权的规定对抗公司的债权人。

上述各国法律都有一个共同的特点，就是把举证责任加在董事的身上，即要求董事只有证明其无过失才能免除其个人责任。这些法律的目的都是为了加强对公司债权人的保护，这对公司债权人是有利的。



3. 监察人会与公司监察人或审计人

随着股份有限公司董事会权力的不断扩大,各国公司法都采取各种不同的形式加强对公司业务执行机构的检查与监督,防止它们滥用职权,危及股东与第三人的利益。有些国家的法律规定股份有限公司必须设立监察人会(Board of Supervisors),有些国家的法律则要求设立监察人或审计人(Auditor),情况不完全相同。

(1) 德国法

联邦德国股份有限公司法规定,股份有限公司必须设立监察人会。监察人会由3名监察人组成,公司可以在章程中规定由更多的监察人组成。监察人会的最高人数有一定的限制,视公司资本的多少而定。资本总额不超过300万马克者,最多不超过9人;资本总额在300万马克以上,2000万马克以下者,不得超过15人;资本总额在2000万马克以上者,不得超过21人。

德国的监察人会具有一个重要的特点,它不是全部由股东组成的,而是由股东与职工代表共同组成的。根据德国的法律规定,凡是拥有2000名以下雇员的公司,其监察人会的成员必须有1/3的职工代表。监察人会由股东大会选举产生,并对股东大会负责。监察人会的成员必须是自然人,不能由法人担任,但是对其国籍以及是否居住在德国并无限制。监察人会成员不能兼任董事,也不能兼任子公司或控股公司的董事。

监察人会对公司的经营管理实施全面的监督,对董事会的工作有监督权。根据德国股份有限公司法的规定,监察人会有以下权限:①召开股东大会;②选任与解任董事会的成员;③监督董事会的业务执行情况,批准重大的业务决定,例如,公司对外借款、不动产买卖、公司的解散与合并等;④检查公司的财产与审查公司的财务报告;⑤考虑董事会关于分派赢利的建议。

监察人会的权力仅限于监督与检查,不能代替董事会执行公司的业务,因为根据德国股份有限公司法的规定,公司的业务执行权专属于董事会,公司不能以章程的规定把这项权力转移到监察人会。

(2) 法国法

法国的股份有限公司在1966年以前只有一种管理机构,即董事会,并由董事长兼任总经理。1966年,在股份有限公司法公布以后,实行两种可供选择的管理制度:一种制度是原来的董事会制,另一种制度是监察会与执行会两级体制。股东大会有权决定采取哪种制度,如果采用监察会与执行会制度,则把监督职能与经营管理职能分开。根据法国法律的规定,监察会的成员由3~12人组成,由股东大会选举产生并对股东大会负责,其成员必须是股东。执行会的成员由2~5人组成,其资格不限于股东,外国人也可以担任,但是必须是自然人。监察会的主要任务是选任执行会的成员,并对执行会的工作进行监督。有些公司章程规定,执行会订立超过一定金额的合同,或在抵押公司的财产时,必须先经监察会的批准。监察会的成员不得兼任执行会的成员。



（3）日本法

日本的股份有限公司，即“株式会社”，不设监察会，而设立监察人。根据1950年修订的日本商法典的规定，股份有限公司应设置“监察人”1人或数人，不构成合议体制，独立行使其对公司会计的“会计检查”职务。但是，监察人的权限有一定的限制。有关公司业务“内部监察”权，已由监察人转移到董事会，董事会可以根据此项权力对其下属的业务执行作“事前监察”，而监察人的权限仅限于在事后作会计检查。因此，日本的股份有限公司的监察人并不享有完全的监察权，其地位与作用远逊于德国的股份有限公司的监察会。

（4）英国法

英国法没有实行监察人会或监察人的制度。根据英国公司法的规定，对股份有限公司的会计监督职能主要由审计人担任。公司应在每届股东大会上指定审计员1人或数人，原则上任职1年。审计员的地位属于合同性质，只向公司负责。其任务纯属会计审核，主要是审查公司的账目是否符合事实，是否反映公司的真实情况。此外，英国商务部如果怀疑公司有欺诈行为或经营不善等情况时，有权主动进行审查；股东大会也可以申请法院下令对公司进行审查。

（5）美国法

美国公司也不实行监察人会或监察人制度。美国的一些大公司往往由一名高级职员负责审查公司的会计账目，但是其地位不同于德国与日本等国家的监察人。在美国，主要是由联邦证券交易委员会（Federal Securities Exchange Commission, FSEC）从外部对公司进行监督。该委员会要求公司每年向它提交符合规定格式的财务报告，此项报告必须先由独立的会计师进行审核，并附具该会计师表示愿对其内容的真实性承担责任的报告。

2.3.4 公司解散与清算

公司的解散是公司消灭的法律程序。公司解散后必须对其财产进行清算，这种程序叫作清算。

各国公司法对股份有限公司解散（Dissolution）的原因都有具体的规定。根据德国、法国股份有限公司法与日本商法典的规定，股份有限公司的解散主要有以下七个方面的原因：① 公司章程所规定的解散事由的发生，例如，公司章程规定的期限已经届满；② 公司经营的事业已经成就或不能成就；③ 股东会议的决议；④ 公司的股东人数或资本总额低于法定的最低数额；⑤ 被其他公司合并；⑥ 公司破产；⑦ 政府主管部门下令解散。

公司在解散后，应指定清算人（Liquidator）对公司的债权、债务与公司财产进行清理。有些国家的法律规定，清算人原则上可以由公司董事担任，也可以根据公司章程的规定或由股东大会选任。因为董事熟悉公司的内情，由董事担任清算人有利于清算工作的进行。但是另一方面，由于董事与公司有利害关系，由董事担任清算人有可能发生舞弊的情况，因此，许多国家的法律都规定，法院有权根据利害关系人的申请选派清算人。



清算人的主要职责是：① 检查公司的财产状况，并造具资产负债表及财产目录送交各股东查阅；② 以公告的方式催告债权人在一定的期限内报明其债权，对于知道姓名的债权人，应分别予以通知；③ 了结公司的业务；④ 收回公司的债权；⑤ 偿还公司的债务；⑥ 分配公司的剩余财产。公司的现存财产，除偿付清算费用与清偿债务外，如果还有剩余，则应分派给各股东。

清算人在履行清算职务时，有代表公司的全权。公司对清算人权限所做出的限制，不得对抗善意的第三人。清算人必须在一定的期限内（如 6 个月）完成公司的清算工作。在清理完成后，清算人应造具清算期内的收支表与公司损益计算表，连同各项簿册提交股东大会请求追认，同时应向法院呈报。经股东大会承认后，清算人即可解除责任。

英国公司法关于公司解散与清算程序的规定与德国和日本的法律有所不同。英国公司法把公司解散的程序称为结业（Winding Up）。根据英国公司法的规定，公司的结业有以下三种情况。

（1）强制结业

强制结业（Compulsory Winding Up）是指在某些情况下，主要是公司在不能清偿其债务的情况下，法院有权依据债权人或股东的申请，下令公司结束其业务。

这包括以下具体情况：① 破产；② 政府主管部门命令解散；③ 法院裁定解散。

在这种情况下，由一名破产事务官担任临时清理人，公司的财产也由其临时负责监管。通常法院在适当的时候会另行指定正式的清算人。清算人的职责是，在法院的指导下，办理公司结业的一切有关事项，包括核查与分配公司的财产，并且有权以公司的名义起诉与应诉。

（2）自愿结业

自愿结业（Voluntary Winding Up）主要是指公司章程所规定的期限已满，或者依公司通过的特别决议而宣告结束公司的业务。

这包括以下具体情况：① 公司章程所规定的事由发生，例如，公司存续期已满；② 公司所经营的事业已经完成或不能完成；③ 股东大会决定解散；④ 在合并中被另外一个公司吸收。

在这种情况下，公司可以自己指定清算人。该清算人的职权与在强制结业的情况下由法院指定的清算人的职权相同。所不同的是，自愿结业的清算人在一定的程度上可以独立行事，而强制结业的清算人则必须在法院的指导下行事。

（3）在法院监督下的结业（Winding Up Under Supervision by Court）

公司决定自愿结业时，在某些情况下，法院有权下令这种自愿结业必须在法院的监督下进行，例如，法院可以下令公司的清算要接受法院的监督。

一般而言，解散与清算是消灭公司法人资格的两个阶段。解散导致公司权利与义务的消灭，即导致其公司法人资格的消灭，而清算则是了结公司解散之后的法律关系，最终使



其消灭法人资格。也就是说，解散是过程，清算是结果。因为公司解散之后，除了因为破产或合并等情况外，其法人资格并不随即消灭，还必须进入清算程序，以便最终消灭其法人资格。

对于公司的解散与清算的关系，各国的立法规定不同，主要有两种制度：①“先算后散”，即规定公司只有清算后才能解散，例如，英国法就做出了这样的规定；②“先散后算”，即规定公司应当首先宣布解散，然后再进行清算，大多数大陆法国家做出这样的规定。在“先算后散”的情况下，宣告公司解散即消灭法人资格，解散是使公司法人资格消灭的法律行为；在“先散后算”的情况下，解散只是法人消灭的原因，只有在清算完成后，才能消灭公司的法人资格。因此，在清算完成前，尽管公司的权利能力受到限制，但是公司的法人资格仍然视为存续。

2.3.5 公司合并、兼并与收购

1. 公司合并

公司合并（Consolidation），是指两个或两个以上的公司根据契约或法令，归并为一个公司的法律行为。

公司合并有两种形式：①吸收合并，是指两个以上的公司合并后，其中一个公司（吸收方）存续，而其他公司（被吸收方）解散；②新设合并，是指两个或两个以上的公司合并后，合并各方解散，另外创立一个新公司。

公司合并的程序，一般是由同意合并的各个公司的董事就合并的条件进行磋商。各公司的董事在达成合并协议后，即由各有关公司召开股东大会再做出合并的决议。股东大会在做出决议后，各合并公司应编造资产负债表及财产目录，并将合并的办法公告及通知各债权人，债权人可以在规定的期限内提出异议。公司对于持有异议的债权人应如数给予清偿，或者向其提供适当的担保。各国法律还规定，反对合并的股东有权要求公司以公平的价格收购其持有的股份。公司在合并之后，应依法向有关主管部门进行登记。

在公司合并的问题上，各国的法律规定逐渐趋于一致。德国的法律与意大利的法律认为，公司合并的法律性质是指被合并的公司把它的全部财产全面地转让给合并的公司，或者转让给合并后成立的公司，即由后者总括地承受前者的权利与义务，做到债权、债务与公司现有合同的全部转让。美国的法律亦认为，公司的合并是公司财产的总体移转，公司的合并引起被合并公司的解散，合并公司当然必须承受被合并公司的债权与债务。

2. 兼并

兼并（Merger）是指两家或更多的独立企业或公司合并组成一家企业，通常是一家占优势的公司吸收一家或多家公司。兼并的方法有三种：①用现金或证券购买其他公司的资产；②购买其他公司的股份或股票；③对其他公司股东发行新股票以换取其所持有的股权，从而取得其他公司的资产与负债。



3. 收购

收购 (Acquisition) 是指通过证券市场收购目标企业的股份或购买目标企业的股票达到控制目标企业,使其资产所有权与经营权有偿转让的行为。收购的途径有三种:① 控股式,是指收购公司通过购买目标公司一定的股份而成为目标公司的最大股东,从而控制该目标公司的方式;② 购买式,是指收购公司通过购买目标公司的全部股份而使之成为其附属的全资子公司,从而使收购公司对目标公司享有支配权的方式;③ 吸收式,是指收购公司通过对目标公司的净资产或股份作为股金投入收购公司,从而使目标公司成为收购公司一个股东的方式。

现在,通常把“兼并”与“收购”统称为“并购”(M & A)。合并、兼并与收购之间的关系是从属关系:收购属于兼并的一种,是一种控股式的兼并;而兼并则属于合并的一种,是吸收合并。也就是说,收购与兼并包含在广义的合并范畴之中。这三个概念之间的区别,主要表现在企业产权交易方式、交易程度与交易规模,以及并购后企业存续形态等方面。但是,从经济学观点看,这些区别只具有法律意义而不具有经济意义,因此,它们在很多情况下是可以通用的。

企业并购可以从三个方面进行分类,即根据行业关系、产权转移与其他方式的分类。

根据并购双方的行业关系进行分类是最基本的分类标准,可以分为三种类型:横向(水平)并购、纵向(垂直)并购与混合并购。① 横向并购,是指因为生产或销售同一类型的产品或提供同一类型的服务而处于相互直接竞争的企业之间的并购。② 纵向并购,是指相同行业中处于不同的阶段而实际上相互之间具有买卖关系的不同企业的联合。③ 混合并购,是指在性质上既不是横向也不是纵向的并购,即某企业需要另外一家企业生产自己不能生产的,但又与那家企业具有生产与销售有关产品的关系,如果这两家企业合并,就是混合并购,这种形式的并购称为产品扩张型并购;如果某企业为了扩大其竞争地盘而对其还没有涉足的地区的生产相同类型产品的企业进行并购,则称为市场扩张型并购;还有一种其他类型的混合并购形式,就是将那些生产和经营与自己的主要业务彼此关系不大的产品或服务的若干企业联合起来。

企业并购有各种各样的动机,比较共同的动机主要有以下四种:① 就企业的增长而言,并购是一种比扩大生产更加快捷的方式,这种方式更加适合那些谋求扩大规模的企业的需要;② 如果并购企业的资产的市场价值不能反映该企业的证券价值,那么,对于企业的增长而言,通过并购则比扩大再生产所花费的代价要小得多;③ 如果某企业要想获得自己稀缺的资源,例如,某种专有技术与专利权甚至现金,并购是一种最好或唯一的有效方法;④ 通过并购可以实现规模经济,增强竞争力。横向并购可以消除现有或潜在的竞争,从而扩大市场份额;纵向并购可以拥有自己的原料基地,从而确保供应或销路;混合并购可以扩大经营范围,从而分散经营风险。

企业的并购,归根到底是产权通过交易进行转移的形式。根据企业资产的产权转移方



式,可以分为以下六种:① 用现金购买被并购方的资产;② 用现金购买被并购方的股票,达到企业产权全部转移与控股;③ 用股票置换被并购方的资产;④ 根据商定的比例,以股票交换股票,使被并购方的股东成为并购方的股东;⑤ 通过协议的形式,有条件地无偿划拨资产,这往往发生在国有与集体所有制企业之间,一方的目的是解决就业或严重的债务困难等;⑥ 以借债与欠债的方式换股,以便拥有被并购方的产权,这又称为杠杆并购。

此外,还有通过协议或者非协议的方式进行的并购,称为协议并购与恶意并购等。

2.4 中国的商事组织与商事组织法

自改革开放以来,中国的所有制形式从单一向多种变化,各种企业组织形式不断涌现,成为国民经济的重要组成部分。由于现实的需要,中国的商事组织法也在不断完善。在 20 世纪 90 年代以前,中国没有商事组织法。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)于 1993 年 12 月 29 日在第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上通过。

1999 年 12 月 25 日,第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》对《公司法》进行了第一次修订;2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》对《公司法》进行了第二次修订;2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议进行第三次修订;2013 年 12 月 28 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》进行第四次修订,新《公司法》于 2014 年 3 月 1 日起实施。经过这四次的修订,使之更加完备。新修订的《公司法》,与本届政府坚持的“创新政府监管方式,转变政府职能”的原则相互呼应,是进行“进一步释放改革红利,催生发展新动力”的系列改革措施中的重要一环,是为了实现“降低创业成本,激发社会投资活力”而采取的顶层设计之一。

2.4.1 《公司法》的主要内容

《公司法》共有 13 章、218 条,第一章总则,第二章有限责任公司的设立和组织机构,第三章有限责任公司的股权转让,第四章股份有限公司的设立和组织机构,第五章股份有限公司的股份发行和转让,第六章公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务,第七章公司债券,第八章公司财务、会计,第九章公司合并、分立、增资、减资,第十章公司解散和清算,第十一章外国公司的分支机构,第十二章法律责任,第十三章附则。

1. 关于制定该法的目的与适用范围

《公司法》第 1 条明确指出制定该法的目的:“为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”

该法第 2 条与第 3 条规定了《公司法》的适用范围:“本法所称公司是指依照本法在中



国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”

2. 关于公司的法律地位、设立条件与营业执照

《公司法》第4条与第5条规定了公司的法律地位：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。”

《公司法》第6条与第7条规定了公司的设立条件及营业执照：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。”“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。”

《公司法》规定了公司的权力机构是股东大会（第98条），公司的日常经营决策机构是董事会（第108条、第46条、第47条、第48条），公司的法定代表人是董事长（第109条），公司的监督机构是监事会（第117条），并规定了包括总经理（经理）在内的公司高级管理人员进行日常经营管理工作职权（第50条、第113条）；明确了股东大会、董事会、董事长、监事会与经理人员必须依《公司法》及公司章程的规定履行其职责（第147条）。

3. 关于有限责任公司与股份有限公司的设立条件

《公司法》详细地规定了有限责任公司（第2章第23条）的设立条件、公司章程的制定（第2章第25条）、报批程序及其他登记手续。

《公司法》详细地规定了股份有限公司（第4章第76条）的设立条件、公司章程的制定（第4章第81条）、报批程序及其他登记手续。

4. 关于股份有限公司股份的发行与股份的转让

《公司法》对股份有限公司的股份发行原则和条件（第125条至第136条），以及股份可以合法转让（第137条）及其他有关事项做了规定，并专门设有一节，对上市公司的必备条件（第121条），申请股票上市的报批手续（第144条），公布公司的财务会计报告（第145条），以及暂停股票上市等问题做了具体规定。



5. 关于公司发行债券的条件和转让

《公司法》对公司发行债券的主体资格（第153条）、发行债券的条件（第154条）、报批手续（第155条）、公司债券的种类（第156条）与公司债券的转让（第159条和第160条）等问题做了具体规定。

6. 关于建立公司财务会计报告制度

《公司法》规定了建立公司财务与会计制度的依据（第163条），会计年度终了时应制作财务会计报告，包括资产负债表、损益表、财务状况变动表、财务情况说明书与利润分配表的内容（第164条），以及对从利润中提取公积金和公益金的比例（第166条）等问题。

7. 关于公司的合并、分立、解散和清算

《公司法》对合并或分立的形式与进行的程序做了原则规定（第172条），还对公司增减注册资本的条件、程序与需要办理的手续（第177条和第178条）等问题做了具体规定。《公司法》第10章对公司的解散（第180条）与清算组的组成、职权（第183条和第184条）等做了专章规定。

8. 关于公司的法律责任

《公司法》第12章是有关公司的法律责任，对办理公司登记时虚报注册资本、提交虚假证明文件或采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的（第198条），以及合法登记注册后，抽逃出资（第199条）、另立会计账册（第201条）、向股东与社会公众提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告（第202条）、将国有资产低价折股或出售或无偿分给个人（第203条），以及侵占公司财产（第204条）等，根据情节轻重，分别依法追究有关的民事与刑事责任。

9. 关于外国公司在中国设立分支机构的程序

《公司法》对外国公司（第191条）及其在中国境内设立分支机构的申请与审批（第192条和第193条）、法律责任（第191条、第196条和第197条）等做了规定。

2.4.2 国有独资公司

中国的国有企业，尤其是国有大、中型企业如何适应社会主义市场经济发展的需要，是建立现代企业制度的关键所在。国有企业实行公司制，是商事组织的重要内容之一。因此，新《公司法》单独设一节（第64条至第70条）对与“国有独资公司”有关的问题做了全面与原则性的规定。

1. 国有独资公司的定义及其特点

新《公司法》第64条规定，国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独设立的有限责任公司。

国有独资公司具有以下特点：国有独资公司的股东只有一个，即国家授权投资的机构或者国家授权的部门（以下简称国家授权机构）。在现行体制下，主要是指中央和地方各级



人民政府授予国有资产投资权的各种机构或部门，包括国有资产管理局、国有资产投资公司以及政府各行业主管部门。

国有独资公司采取有限责任公司形式，既具有与有限责任公司相同的特征，又由于国有独资公司的特殊性，公司法还规定国有独资公司的董事会比一般有限责任公司的董事会具有更多的职权，并对董事长、董事与经理的任职，做出了比一般有限责任公司更加严格的规定和更高的要求。

2. 国有独资公司的适用范围

关于国有独资公司的适用对象主要分为以下两种情况：一种情况是由国有企业自由选择，这类企业都属于生产一般产品或者是从事一般性行业的，它们可以组成或改组成（但不是必须组成或改组成）国有独资公司；另一种情况是国有企业必须组成或者改组成国有独资公司的，这是法定的，是具有强制性的。这类企业就是《公司法》第64条第2款规定的，即由国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业的公司。这里所说的特殊产品或者特定行业，是指那些与国计民生有密切关系的，涉及国防、社会安全或者国家专营的产品与行业。它们是由国务院严格控制的，在现阶段，主要包括邮政、电信、军工、交通与运输等行业。

3. 国有独资公司的意义与作用

《公司法》列入“国有独资公司”一节，把原有国有企业改组成国有独资公司，实行公司制，这绝不是简单的改换名称，而是为了彻底地转换国有企业的经营机制，把企业推向市场，以便使其尽快适应社会主义市场经济发展的需要。

国有企业改组成国有独资公司在当前具有重大的意义与作用，主要表现在：① 政企分离，摆脱企业对行政机关的依赖，促使政府机关与企业真正分离；② 减轻负担与依赖，解除国家对企业承担的无限责任，解脱企业对国家计划控制的依赖性；③ 彻底转制，使原有国有企业从名义上的法人转变成由《公司法》予以保护的实际的法人。

2.4.3 《公司法》的修改

2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》。对《公司法》做出12项修改，这些修改主要集中在公司资本的规定上，目的是降低创业成本，激活社会投资。修改后的新《公司法》于2014年3月1日起实施。

1. 关于删去的条款

《公司法》被删去的部分有：①第7条第2款中的“实收资本”；②第27条第3款；③第29条；④第33条第3款中的“及其出资额”；⑤第59条第1款；⑥第178条第3款。



2. 关于有限公司设立的条件及注册资本

《公司法》第23条第2项修改为：“（二）有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额。”第26条修改为：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”

3. 关于全体股东指定的代表向公司登记机关申请设立登记

《公司法》第30条改为第29条，修改为：“股东认足公司章程规定的出资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记。”

4. 关于股份有限公司设立的条件

《公司法》第77条改为第76条，并将第2项修改为：“（二）有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额。”

5. 关于股份有限公司的设立及注册资本

《公司法》第81条改为第80条，并将第1款修改为：“股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。”

将第3款修改为：“法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”

6. 关于股份有限公司发起人缴纳出资

《公司法》第84条改为第83条，并将第1款修改为：“以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份，并按照公司章程规定缴纳出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”

第3款修改为：“发起人认足公司章程规定的出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会向公司登记机关报送公司章程以及法律、行政法规规定的其他文件，申请设立登记。”

本章小结

合伙协议是合伙组织成立的必要条件。由于多数国家并不赋予合伙以法人资格，合伙协议就成为合伙成立、合伙人享有权利和承担义务的重要依据。

公司是社团法人，这是公司与合伙最根本的区别，公司是以赢利为目的的商事组织。公司一般是由两个或两个以上的股东进行投资的社团法人。公司拥有独立的财产，股东将自己的财产投资后，一经移交公司，股东即丧失了对其财产的直接支配权，这些财产属于公司所有，股东的出资就成为公司的独立财产，公司的财产与股东的个人财产在法律上是分开的。

有限责任公司是一种封闭公司，即公司的股东拥有公司的全部股票，公司股票不在证



券市场上自由流通,也不能强迫多数参股人接受一个新的参股人。

股份有限公司由于其拥有着雄厚的资本和强大的势力群体,可以集合巨大的资金,且其股票可自由转让,营业状况公开。法律对股份有限公司的机构及相应的权利与义务做了强制性的严格规定。股份有限公司的管理实行经营权与管理权相分离的原则。

复习思考题

1. 判断题

- (1) 公司的历史是由合伙向无限公司、两合公司,然后到股份有限公司及有限公司进行发展。()
- (2) 公司是财团法人。()
- (3) 英美法系国家为判例法国家,因而没有成文的公司法。()
- (4) 在两合公司中,有限责任股东对公司的债务仅以出资额为限承担责任,但无权管理公司。()

2. 选择题

- (1) 一般来说,公司的组织机构主要包括股东大会、董事会及监事会等,其中属于公司的最高权力机构的是()。
 - A. 董事会
 - B. 经理
 - C. 监事会
 - D. 股东会
- (2) 由于股东所持的股份类别不一样,同一类别股东召开的这种会议,在法国称为()。
 - A. 专门股东会议
 - B. 临时股东会议
 - C. 法定股东会议
 - D. 类别股东会议
- (3) 股东对股东大会的提案,可以行使表决权,表决权的行使是基于股东()。
 - A. 人数
 - B. 持有的股票份额
 - C. 公司的职位
 - D. 固定资产
- (4) 能够成为董事的是()。
 - A. 法人
 - B. 限制行为能力的自然人
 - C. 无行为能力的自然人
 - D. 具有行为能力的自然人
- (5) 在公司经营过程中,出现了公司无须继续存在的必要事由,此时,经股东会决议可以终止公司,这种是()。
 - A. 强制解散
 - B. 自愿解散
 - C. 非解散
 - D. 破产解散

3. 简答题

- (1) 欧洲公司可以在几种情况下设立?
- (2) 《欧洲公司法》与欧盟指令有什么关系?
- (3) 假定某市三星乳制品有限责任公司经营的效益非常好,业务急需扩大,在采取的公司形式方面,你会选择何种方式扩大业务?



4. 论述题

- (1) 如何理解有限合伙公司与两合公司的关系？
- (2) 董事会的权力为什么有可能大于股东大会的职权？

5. 分析题

杰森是法国高尼奇勒股份有限公司的董事，在公司对另一公司的并购过程中，杰森为公司的利益，主张虚报公司股份比例，实现公司的并购计划，但股东反对，并在股东大会上提出解除杰森的董事职务。试分析股东大会是否有权力解除杰森的董事职务。假设杰森的建议并不违反法国的法律规定，杰森是否有权要求公司恢复其董事职务？

6. 案例题

2010年1月，注册会计师A、B、C三人在德国成立了一家合伙制会计师事务所，他们的合伙协议约定：① A、C分别以货币40万欧元和10万欧元出资，B以一套房出资，作价50万欧元，作为会计师事务所办的办公场所；② 会计师事务所的盈亏按照各自的出资比例享有和承担；③ A负责执行合伙事务。

2013年2月，B拟将其在会计事务所中的财产份额转让给E。C表示同意，A则对B拟转让的财产份额主张优先购买权，B以合伙协议中未约定优先购买权为由予以拒绝。

2014年3月，C在为Y公司提供审计服务时，因重大过失给该公司造成150万欧元损失。该会计师事务所现有全部财产价值125万欧元，其中的75万欧元属于B提供的房屋变现升值所得，该房屋在经济危机期间升值的主要原因是地段和周边环境很好，该会计师事务所在将全部财产用于赔偿Y公司后，要求C向Y公司支付剩余的25万欧元赔偿金。C则认为，合伙协议约定合伙人对于会计师事务所的亏损按照各自出资比例承担，自己不应应对合伙企业财产不足清偿的债务承担全部责任。A、B则认为其对此债务只应以出资额为限承担责任，B还主张C应偿还房屋升值部分的25万欧元。

问题：

- (1) A对B拟转让给E的合伙企业财产份额是否享有优先选购权？说明理由。
- (2) B是否有权要求C偿还其房屋升值部分的25万欧元？说明理由。
- (3) A、B是否应当与C共同承担对Y公司剩余25万欧元的赔偿责任？说明理由。



引导案例

【案情介绍】

德国建筑商 A 与美国生产商 B 联系,要求 B 向其报 4 万吨铜缆价格并明确告诉 B,此次报价是为了计算向某项工程的投标,投标将于同年 10 月 1 日开始进行,10 月 10 日便可得知投标结果。同年 9 月 10 日,B 向德国建筑商 A 发出正式要约,要约中条件完整,但未规定承诺期限,也未注明要约是不可撤销的。同年 9 月中旬起,国际市场铜缆的价格猛涨,在此情况下,美国生产商 B 于 10 月 2 日向德国建筑商 A 发出撤销其 9 月 10 日要约的传真,同年 10 月 10 日,当德国建筑商 A 得知自己已中标的消息后,仍立即向美国生产商 B 发去传真。对 9 月 10 日的要约表示承诺。此后,美国生产商 B 争辩他已于 10 月 2 日撤销了要约,因此合同不能成立。双方就合同是否有效成立发生了纠纷。

【法律问题】

本案涉及的主要法律问题是,要约是否已被撤销,德国建筑商 A 与美国生产商 B 之间的买卖钢缆的合同是否有效成立?

【法理分析】

此桩买卖合同成立与否,其关键在于美国生产商 B 在 10 月 2 日的要约撤销是否有效。依据《联合国国际货物销售合同公约》第 16 条对要约的撤销例外规定,受要约人对要约“有理由信赖”并已按要约“行事”,要约不可撤销。美国生产商 B 在 9 月 10 日报价之后,德国建筑商已经按照要约中的报价进行了投标。德国建筑商 A 有充分理由信赖该项要约至少在招标结果公布之前是不可撤销的,因此,美国生产商 B 在 10 月 2 日对要约的撤销是无效的。

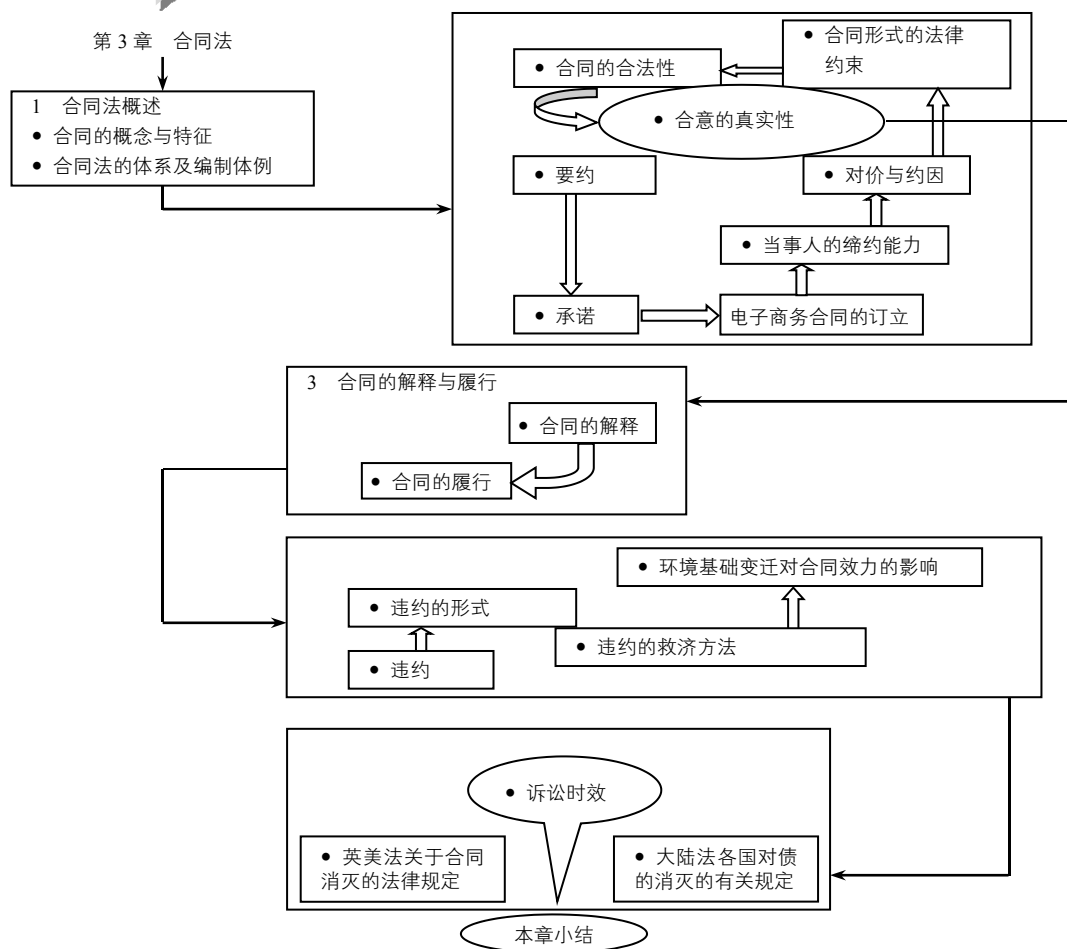
(资料来源:汤树梅. 国际经济法案例分析[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000.)



学习目标

- ◆ 素质目标：具备对国际商事合同成立条件应有的分析、判断力。
- ◆ 知识目标：了解合同订立的各种概念、规定及法律规范，合同让与、消灭规定及适用的条件与策略。
- ◆ 技能目标：能够基本掌握合同应用的相关技巧。
- ◆ 能力目标：具有缔结国际商事合同，对合同变化所发生的法律后果做出较准确的把握和处理的能力。

学习导航





3.1 合同法概述

在现代社会中,合同是商事活动的基础,离开合同,正常的商事活动将无法进行。在国际商事活动中,买卖双方要订立合同,这是使交易得以完成的基础合同。在绝大多数情况下,以转移对货物的占有为目的,买方或卖方还要同承运人签订运输合同;为了避免货物在运输过程中可能发生的风险,其中一方还要与保险公司签订保险合同。在进行国际投资的活动中,如果投资人在东道国设立公司或建立其他形式的商事组织或通过购买股票等其他方式成为东道国商事组织的所有者,他的各种活动的开展同样要以合同为基本手段,他同商事组织内部的其他成员之间的权利与义务关系,通常决定于他们之间所订立的合资、合作或其他性质的合同的规定。他与该商事组织的债权人之间的权利义务,在一般情况下,也决定于他们达成的借贷、债券购买或其他性质的合同。如果投资人不愿意直接介入东道国商事组织的经营,而是通过不同形式的融资手段进行间接投资,投资人与接受投资的人彼此间的权利义务关系,一般而言,仍然由他们之间的合同来确定。

合同的社会普遍存在性,当事人间权利与义务关系的决定性,以及合同对社会经济秩序影响的巨大性,使得对合同的协调、规范十分重要,突显了合同法在国际法律体系中的重要地位。相对于这个体系中的许多部门法而言,合同法是基础性的法律,它的原理和原则构成这些部门法共同遵循和运用的原理和原则。例如,国际货物买卖合同是合同的一种,合同法的原理和原则都适用于国际货物买卖合同。但是,国际货物买卖合同又属于特殊的合同领域,在这个领域中,它又主要受到国际货物买卖法的约束与规范。又如,在代理关系中,本人、代理人之间的权利与义务由他们之间的代理合同决定。代理合同是合同的一种,合同法的一般原理和原则都适用于代理合同,但是代理合同又属于代理的特殊领域,代理人在事先不与本人签订代理合同的情况下,以本人的名义签订合同的行为,则要适用代理法的特殊规则,而不同于合同法的一般原理和原则。总之,合同法是构成许多商事交易法律的基础,其基本制度具有广泛的适用性,国际商法也不例外地适用合同法的一般原理和原则,尽管国际商法是由许多部门法构成的法律体系,但是对于国际商法的学习与研究必须首先具备坚实的合同法的知识基础。

3.1.1 合同的概念与特征

1. 合同的概念

合同又称契约,是反映交易达成的法律形式,是指两个或两个以上的当事人设立、变更或终止民事法律关系的法律行为。世界各国法律对“合同”的定义在形式上有所不同。

《中华人民共和国合同法》第2条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事关系的协议。”

在大陆法国家中,《德国民法典》把合同纳入法律行为的范畴,作为法律行为的一种。



《德国民法典》第305条规定：“依法律行为设定债务关系或变更法律关系的内容者，除法律另有规定外，应依当事人之间的合同。”所谓法律行为，是指当事人间为了发生私法上的效果而进行的一种合法行为，它包括意思表示和其他合法行为两方面含义。其中意思表示是合同成立的基本要素，包括当事人的内在意思和表示这种意思的行动，二者缺一不可。例如，动产转让就是由双方当事人的意思表示加上由一方把动产交付给另一方的行为合成的。《法国民法典》则使用“合意”来定义合同，《法国民法典》第1101条规定：“合同是一人或数人对另一人或数人承担给付某物，做或不做某事的义务的合意。”依据这样的定义，订约各方之间利益的互换并不是合同关系发生的前提条件，只要各方当事人就合同的条件达成一致，合同即告成立。

英美法关于合同的传统定义认为，“合同是法律为之提供救济的诺言”。这样的定义今天仍被沿用。英国学者盖斯特说：“合同由可提起诉讼的一项承诺或几项承诺构成。”美国的《第二次合同法重述》第1条规定，合同是一项或一组诺言，对于违反这种诺言，法律给予救济，或以某种方式承认履行这种诺言是一项义务。现代英美学者对于合同是协议的观点给予了重视，如《布莱克法学辞典》（Black's Law Dictionary）第6版关于“合同”（Contract）一词的定义在开头部分就用了这样的表述：“合同是两个或两个以上的人之间的协议，该协议创设做或不做某特定的事情的义务。”可是，上述现代的定义并没有揭示英美法关于合同定义的本质。英美法受传统的对价制度的影响，认为合同的本质是交易，是关于交易的协议。当诺言有了对价时，诺言与对价成为交易的对象，诺言才有了被强制执行的效力，即受诺人可以通过法院强制诺言人履行其诺言，此时，诺言才成为合同。因此，如果一方对另一方许诺，向另一方提供某种利益，而另一方许诺，作为交换向前者提供对应的利益，则合同就成立了，这种合同由互为交易对象的诺言构成。反之，如果一方许诺向另一方提供某种利益，后者只是表示接受这种利益，而没有表示向前者提供对应的利益，则前者的诺言因缺乏对价，即缺乏诺言的交易对象，因而不能被强制执行，在这种情况下，合同并不能成立。由此可以得出结论：在英美法系国家，从原则上说，恩惠性或赠与性的协议不同于合同。



提示 准合同不是合同

衡平法中的准合同指的是“所得不应多于应得”，所以，它不是合同。准合同当事人之间的合意只是法律上的虚构，因为一方在给予对方某种利益时就期望从对方处得到补偿，而对方也知道或理应知道这种期望，但是，他并没有提供这种补偿的意图，也没有做任何的表示。

2. 合同的特征

尽管世界各国对于合同的定义是不同的，但是合同具有共同的基本特征。

① 合同是有关双方当事人的协议，而不是单方面的协议，是一种民事法律行为，即合



同作为一种民事法律关系，其行为主体——当事人必须是两个或两个以上，单方当事人的民事法律行为不能构成合同关系。

② 合同各方当事人意思表示一致。在合同关系中，各方当事人的主体地位是平等的，在法律地位上是完全平等的，合同各方彼此承认对方是与自己平等地位的主体。所以，合同的成立必须平等协商，达成一致同意。

③ 合同是各方当事人明确表示相互权利与义务的协议。

④ 合同是具有法律约束力的协议。合同关系是法律上的权利与义务的关系。

3.1.2 合同法的体系及编制体例

两大法律体系在合同法的形式、编制体例以及一些具体的法律原则方面也各有不同。

在大陆法国家，合同法是以成文法的形式出现的，一般包含在民法典或债务法典中。大陆法国家的民法理论把合同作为产生“债”的原因之一，把有关合同的法律规范与产生债的关系的其他原因，如侵权行为、不当得利及无因管理等法律规范并列在一起，作为民法的一编，称为债务关系法或债编。例如，《法国民法典》把有关合同事项集中在第三卷中加以规定。该卷第三编的标题就是“合同或合意的一般规定”，其内容包括合同有效成立的条件、债的效果、债的种类、债的灭失等，这些都是属于合同法的一般原则。除此之外，该卷在其后各编中再进一步对各种具体合同做了规定，其中包括买卖、互易、合伙、借贷、委任、保证、和解等合同。与《法国民法典》相比较，《德国民法典》有一个很大的特点，这就是《德国民法典》设有“总则”一编，它使用法律行为这一概念，把有关合同成立的问题，在总则中加以规定。该法典第二编就是“债务关系法”，对因合同产生的债务关系、债的消灭、债权让与、债务承担、多数债务人与多数债权人以及各种债务关系等做了规定。其中，各种债务关系一章，实际上是合同法各论，分别对买卖、互易、赠与、使用租赁、使用借贷、消费借贷、雇用、承揽、居间、委任、寄托、旅店寄托、合伙、终身定期金、游戏及赌博、保证、和解等合同做了具体的规定。总的来说，《德国民法典》对合同的规定比较系统，逻辑性较强，结构也比较严谨。

在英美法国家，关于合同的法律原则主要包含在普通法中，这是几个世纪以来由法院依判例形式发展而成的判例法。在英美法国家，除了印度以外，一般都没有一套系统、成文的合同法。英美法的合同法主要是判例法或不成文法。虽然在美国、英国等国家也制定了一些具体的成文法，例如，1983年《英国货物买卖法》、1906年《美国统一买卖法》、20世纪50年代制定的《美国统一商法典》等，但是它们只是对货物买卖合同及其他一些有关的商事交易合同做出了具体的规定，至于合同法的许多基本原则，仍然依据判例法所确定的规则处理。



3.2 合同的订立

合同是当事人之间意思表示一致的结果。各国合同法都认为，“意思表示一致”是指必须由双方当事人就同一标的交换各自的意思，并经协商达成一致。法律上把订立合同的意思表示称为要约与承诺，即如果一方当事人向对方提出一项要约，而对方对该要约表示承诺，那么，在双方当事人之间就达成了一项具有法律约束力的合同。因此，要把握合同的成立，首先必须了解要约与承诺的法律规定。

3.2.1 要约

1. 要约的定义

要约（Offer）是一方向另一方提出的愿意按一定的条件与对方订立合同，并具有一旦要约被对方承诺时即对提出要约的一方产生约束力的一种意思表示。提出要约的一方称为要约人（Offeror），其相对方称为受要约人（Offeree）。要约可以采用书面的形式做出，也可以用口头或行动做出。一项有效的要约必须符合以下三个条件：

（1）要约必须表明要约人愿意按照要约中提出的条件与对方订立合同的意思

要约的目的在于订立合同，因此，凡不是以订立合同为目的的意思表示，就不能称为要约。要约的特点在于：它一经受要约人承诺，合同即告成立，无须再征求要约人的同意或经其确认。换言之，只要受要约人对要约予以承诺，要约人就必须受其约束，不得否认合同的成立。否则，就不能认为是一项真正的要约。因此，在法律上有必要把要约与要约引诱（Invitation for Offer）加以区别。

要约引诱又称为邀请要约或要约邀请，其目的虽然也是订立合同，但是它本身不是一项要约，而只是邀请对方向自己发出要约。例如，在商业活动中，有些公司经常向交易对方寄送报价单（Quotation）、价目表（Price List）与商品目录（Catalogue）等，其内容可能包括价格、品质、规格与数量等，但是这些都不是要约，而属于要约邀请，其目的是吸引对方向自己提出订单（Order）。只有当对方收到上述报价单或价目表后，寄出订单，该订单才是一项真正的要约。它必须经过寄送报价单或价目表的一方表示承诺之后，合同才能成立。如果寄送报价单或价目表的一方不予以承诺或接受，那么，即使订单的内容与报价单或价目表相符，合同也不能成立，寄送报价单或价目表的一方也不受其约束。



提示 要约与要约邀请的主要区别

如果是要约，它一经对方承诺，要约人即须受到约束，合同即告成立；如果是要约邀请，即使对方完全同意或接受该要约邀请所提出的条件，但是，发出该项要约邀请的一方仍然不受约束，除非他对此表示承诺或确认，否则合同仍然不能成立。

关于要约是否必须向特定人发出，是否能向非特定人发出的问题，各国的法律规定存



在差异。这个问题往往与广告 (Advertisement) 有关, 因为广告的对象是社会公众而不是某个或某些特定的人, 广告是否构成要约要根据不同的情况来确定。悬赏 (Reward) 广告, 是指广告人以广告的方式, 对于完成特定行为的人, 将给予一定的报酬。例如, 寻人广告与寻找失物广告等。广告人在这类广告中都声明, 凡是找到失踪的人或遗失的物品者, 将给予公开提出的报酬金额。对于悬赏广告, 各国法律一般都认为是一项要约。一旦有人看到广告并且完成了该广告要求做的事情, 即构成承诺, 合同即告成立, 广告人有义务支付广告中规定的报酬。普通的商业广告一般被认为不是要约。北欧各国认为普通商业广告是向广大公众发出的而不是向特定人发出的, 因此不能认为是要约。罗马国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》也规定, 凡不是向一个或以上的特定人发出的订立合同的建议应视为要约引诱, 除非发出该建议的一方另有明确的相反表示。但是, 英美法院的一些判例认为, 要约即可以向某个特定的人发出, 也可以向某群人发出, 甚至可以向全世界发出, 只要广告文字明确、肯定, 足可以构成一项许诺, (Promise) 也可视为要约。

(2) 要约的内容必须明确、肯定

要约的内容应该包括拟将签订的合同的主要条件, 一旦受要约人表示承诺, 就足以成立一项对双方均有约束力的合同。例如, 在商业买卖中, 要约一般应包括商品的名称、价格、数量以及交货或付款的时间等。因此, 要约人不必在要约中详细载明合同的全部内容, 只要达到足以确定合同内容的程度即可。至于某些条件, 可以留待日后确定。在这点上, 大陆法与英美法的要求基本是一致的。《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code) 在这个问题上采取了更加开放的态度。根据《美国统一商法典》第 2-204 条的规定, 即使在买卖合同中对某项或某几项条款没有做出规定, 但是, 只要当事人间确有订立合同的意思, 并有合理与确定的依据给予相应的补救, 则合同仍然可以成立。因此, 根据《美国统一商法典》的规定, 在货物买卖中, 要约的内容最重要的是要确定货物的数量或提出确定数量的方法, 至于价格、交货或付款时间等内容, 均可以不提出 (Left Open), 留待日后根据所谓合理的标准确定。例如, 如果合同当事人对价格没有做出规定, 日后如果发生争议, 则美国法认为应当根据交货时合理的价格付款; 如果当事人对交货或付款的时间没有做出规定, 那么, 也同样解释为应在合理的时间内履行交货或付款的义务。至于何谓合理, 那属于事实问题, 必须由法院根据案情与周围的情况做出解释。《美国统一商法典》的这条规定, 是为了适应当代经济贸易发展的要求, 尽可能使某些合同不至于由于缺少某项条款而不能成立。

(3) 要约必须送达受要约人才能生效

要约是一种意思表示, 按照大多数国家的法律规定, 要约必须在到达受要约人时才能生效, 从而使受要约人取得对该要约做出承诺的权利。因为受要约人只有在得知要约的内容后, 才可能决定是否予以承诺。例如, 如果有人向对方发出一项要约, 同意以 3 万美元将一部汽车卖给对方, 而对方在收到上述要约以前, 主动去信表示愿意以 3 万美元购买其



汽车，尽管此信的内容与要约的内容相同，但是也不能认为这是一项承诺，而只能视为“交错的要约”（Cross-Offer），不能认为双方已经达成了一项具有约束力的合同。

思考 合同能否成立，一方凭借以往的交易经验或通过其他途径，预先知道对方有可能向他发出要约，在收到要约前即主动向对方做出“承诺”。如果该“承诺”的内容与对方提出的要约的内容刚好巧合，能否认为双方已达成了协议，合同已经成立了呢？

2. 要约的约束力

从要约的主体对象看，要约的约束力主要包括两个方面：一个是指对要约人的约束力；另一个是指对受要约人的约束力。要约对两者的约束力是不同的。

一般而言，要约对受要约人是没有约束力的。受要约人接到要约，只是在法律上取得了承诺的权利，但不受要约的约束，并不因此而承担必须承诺的义务。不仅如此，在通常情况下，受要约人即使不予以承诺，也没有通知要约人的义务。但是某些国家的法律规定，在商业交易中，在某些例外的情况下，受要约人无论承诺与否，均应通知要约人。

提示 要约通知的例外情况

德国商法典与日本商法典均规定，商人对于平日经常来往的客户，在其营业范围内，在接到要约时，应立即发出承诺与否的通知，如果怠于通知时，则视为承诺。一般而言，缄默不等于承诺。

要约对要约人约束力的规定比较复杂。所谓要约对要约人的约束力，是指要约人发出要约之后，在对方承诺之前能否反悔，能否变更要约的内容或撤销要约。这与前面所述的要约一经对方承诺后，要约人就必须受其约束是完全不同的，不能把二者混为一谈。这个问题主要产生于要约已经到达受要约人之后到受要约人做出承诺这段时间，至于要约人在其要约送达受要约人之前可以将其要约撤回或变更，那是没有疑问的。因为按照西方各国的法律规定，要约必须在到达受要约人时才能产生效力，在要约人发出要约至该要约到达受要约人之前这段时间里，由于要约尚未发生效力，要约人当然有权把要约撤回或更改要约的内容。例如，以平邮寄出的要约，在其寄达受要约人之前，要约人可以用电报或空邮等更为快捷的通信方式把该项要约撤回或更改其内容。一旦要约已经到达受要约人之后，要约人是否必须受其要约的约束，是否可以撤销其要约或更改其内容，对于这种情况，大陆法系与英美法系国家的法律均有不同的规定。

（1）大陆法系国家的规定

大陆法系国家对要约的约束力的规定主要有两种类型：一种是以德国法为代表的严格约束力的规定；另一种是以法国法为代表的与损害赔偿相关的约束力的规定。德国法认为除非要约人在要约中注明了不受约束的词句，要约人必须受其要约的约束；如果在要约中规定了有效期，则在有效期内不得撤回或修改其要约；如果在要约中没有规定有效期，则



根据通常情况在可望得到答复以前,不得撤销或修改其要约。瑞士、希腊与巴西等国均采用这项原则。根据这些国家的法律规定,要约人可以采用“不受约束”等词句表明要约对自己没有约束力。但是一般而言,如果要约中有了这种排除约束力的词句,这在法律上就不是要约而是要约邀请。法国法原则上认为,要约人在其要约被受要约人承诺以前是可以撤销要约的。《法国民法典》对这个问题没有做出具体的规定,但法国的法院判例认为,如果要约人在要约中指定了承诺期限,要约人也可以在期限届满以前将要约撤销,但是必须承担损害赔偿的责任。即使在要约中未规定承诺的期限,但是如果根据具体的情况或正常的交易习惯,要约视为应在一定的期限内等待承诺者,如果要约人不适当地撤销要约,就必须负损害赔偿之责。至于要约人对不当撤销要约应承担赔偿责任的法律依据,在法国学者中有不同的见解。多数学者认为这是基于侵权(Tort)而产生的责任;也有人认为是由于要约人滥用权利(Abuse of Right)而产生的责任。《意大利民法典》对这个问题规定得比较明确,根据《意大利民法典》的规定,凡是要约人在要约中规定了承诺期限者,在该期限届满以前,不得撤销要约;如果在要约中没有规定期限,则在受要约人承诺以前可以撤销,但是如果受要约人善意信赖要约,并为履行做了某种准备,则要约人应对由此而造成的损失承担赔偿责任。

(2) 英美法国家的规定

英美法国家的法律认为,要约原则上对要约人没有约束力,要约人在受要约人对要约做出承诺之前,随时可以撤销要约或更改其内容。即使要约人在要约中规定了有效期限,在期限届满以前仍可以随时将要约撤销。其理由是,英美法认为,一个人所做出的允诺,其所以具有法律上的约束力,是由于取得了对方的某种“对价”(Consideration),或者由于允诺人(Promisor)在做出允诺行为时,采取了法律所要求的某种特殊的形式,例如,在允诺的书面文件上签字蜡封(Signed and Sealed)。如果允诺欠缺上述条件中的任何一项,该允诺对允诺人就不具有约束力。英美法把要约视为要约人所作的一项允诺,因此,除非要约人采用签字蜡封式的要约(Offer Under Seal),或者该要约有对价的支持,否则要约人就不受要约的约束。按照英美法的解释,所谓对价,可以是金钱,也可以是其他有价值的东西。例如,要约人可以在要约中声明,该项要约在7日之内不予以撤销,但是以受要约人支付15英镑为条件,如果受要约人支付了这笔金额,双方就成立一个关于保证该项要约于7日内不得撤销的担保合同或有选择权的合同(Collateral Contract or Option Contract)。在这种情况下,要约人在规定的期限内就不得撤销要约或修改要约。显然,英美法的上述原则与现代的经济生活是不相适应的,它对受要约人缺乏应有的保障。例如,受要约人可能出于对要约的信赖,为准备承诺而与他人订立了合同或支出了费用,如要约人不受要约的约束,在受要约人做出承诺之前撤销了要约,受要约人就要蒙受损失。因此,英国、美国都在考虑改变上述法律原则。在这方面,美国已经先行了一步。《美国统一商法典》明确规定,在货物买卖中,在一定条件下可以承认无“对价”的“确定的要约”(Firm Offer),



即要约人在要约确定的期限内不得撤销的要约。其条件是：① 要约人必须是商人（Merchant）；② 要约已经规定了期限，或者如果没有规定期限，则在合理的期限内撤销，但是无论如何不能超过3个月；③ 要约必须以书面形式作成，并由要约人签字。如果符合上述条件，即使该要约没有对价支持，要约人仍须受其要约的约束，在要约规定的期限内或在合理的时间不得撤销要约。

（3）《联合国国际货物销售合同公约》的规定

联合国国际贸易法委员会于1980年3月10日在维也纳通过了《国际货物销售合同公约》（Convention on Contract for the International Sale of Goods）。该公约旨在协调两大法律体系在要约的法律规则方面存在的重大分歧，以消除在国际贸易中的不便，适应国际贸易发展的需要。按照该公约的规定，要约在其被受要约人承诺之前，原则上可以撤销，但是有下列情况之一者则不能撤销：

- 要约写明承诺的期限，或者以其他方式表示要约是不可撤销的；
- 受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，并已本着对该项要约的信赖行事。

公约的上述规定实际上是把世界各国，特别是英美法国家与大陆法国家之间在要约的法律规则方面的分歧加以调和、折中。

3. 要约的消灭

要约的消灭是指要约失去效力，无论要约人或受要约人，都不再受要约的约束。要约消灭或失效主要有三个方面的原因。

（1）要约因期限已过而失效

如果要约规定了承诺的期限，则在该期限终了时自行失效。此后，即使受要约人做出承诺，那也不能成立合同，而只能算作一项新的要约，须经原要约人表示承诺，双方才能成立合同关系。如果要约人在要约中没有规定承诺的期限，则有两种情况：第一，如果当事人之间以对话的方式进行交易磋商，对于此种对话要约，受要约人必须立即予以承诺，如果不立即承诺，要约就失去约束力。对话要约，包括当事人之间面对面的商谈与电话等方式。第二，如果当事人分处异地，以函电等非对话的方式发出要约，则各国的法律有不同的规定。许多大陆法国家，例如，德国、瑞士与日本等国的民法典都规定，在隔地当事人之间发出要约而又未规定承诺期限者，如果不在相当期限内或不在“依通常情形可期待承诺达到的期间内”做出承诺，要约即告失效，要约人不再受要约的约束。根据大陆法学者的解释，这个“期间”应包括要约到达受要约人的时间、受要约人考虑承诺的时间以及承诺到达要约人的时间。这段“时间”究竟以多长为适当，属于事实问题，应由法院根据两地相隔的远近，以及要约与承诺所采取的传递方式等决定。英美法则认为，如果要约没有规定承诺的期限，就应在合理时间（Reasonable Time）内做出承诺，否则要约即告失效。所谓合理时间，也是一个事实问题，应由法院根据具体案情来确定。



（2）要约因被要约人撤回或撤销而失效

撤回要约，是指要约人发出要约后在其送达受要约人之前，即在要约生效之前将要约收回，使其不发生法律效力。撤销要约，是指要约已经送达受要约人之后，即在要约业已生效之后消灭要约的效力的行为。要约一旦被撤回或撤销即告消灭。

（3）要约因受要约人拒绝而失效

拒绝要约是指受要约人将拒绝要约的意思表示通知要约人的行为。要约在拒绝通知送达要约人时即告失效。此后，受要约人就不能改变主意再对该项要约表示承诺。如果受要约人在承诺中对要约的条款做了扩充、限制或变更，其效果也视同对要约的拒绝，在法律上等于受要约人向要约人发出的一项反要约（Counter-Offer），须经原要约人承诺后，合同才能成立。

3.2.2 承诺

1. 承诺的定义

承诺是指受要约人根据要约所指定的方式，对要约的内容表示同意的一种意思表示。要约一经承诺，合同即告成立。一项有效的承诺必须具备以下四个条件。

（1）承诺必须由受要约人做出

受要约人包括其本人及其授权的代理人。除此之外，任何第三人，即使知道要约的内容并对此做出同意的意思表示，也不是承诺，不能成立合同。

（2）承诺必须在要约的有效期内进行

如果要约规定了有效期，就必须在该期限内承诺；如果要约未规定有效期，大陆法国家规定必须在“依通常情可期待得到承诺的期间内”做出承诺，英美法国家则规定在“合理时间内”做出承诺。如果承诺的时间迟于要约的有效期，就称为“迟到的承诺”（Late Acceptance）。迟到的承诺不是有效的承诺，而是一项新的要约，只有得到原要约人的承诺后才能成立合同。

（3）承诺必须与要约的内容一致

承诺是受要约人愿意根据要约的内容与要约人订立合同的一种意思表示，因此，承诺的内容应当与要约的内容相一致。如果受要约人在承诺中将要约的内容加以扩充、限制或变更，从原则上说，这就不是承诺而是一项反要约，它是对原要约的拒绝，不能发生承诺的效力。例如，要约人发出出售某种原料商品的要约，其中载明数量为 500 公吨，单价是每公吨 1 500 英镑，在目的港伦敦交货，装船期是 2013 年 10 月，付款条件是以即期不可撤销信用证付款。如果受要约人在承诺中把数量改为 600 公吨，或者把单价改为 1 550 英镑，或者把交货期改为 9 月，或者把付款条件改为远期信用证付款等，这都不能视为承诺，而应视为一项新的要约或反要约，它必须经原要约人的承诺才能成立合同。但是，在这个问题上，西方各国的法律规定并不完全一致，其中美国的法律对此采取了比较灵活的态度。



根据《美国统一商法典》第二篇第 207 条的规定：在商人之间，如果受要约人在承诺中附加了某些条款，承诺仍然有效，这些附加条款必须视为合同的一个组成部分，除非在要约中已明确地规定承诺不得附加任何条件；这些附加条款对要约做了重大的修改；要约人在接到承诺后已在合理的时限内发出拒绝这些附加条件的通知。这些规定与英美法的原则是不同的，英美法认为承诺应当像镜像（Mirror-Image）一样，反照出要约的内容，否则就不是承诺而是反要约。

（4）承诺的传递方式必须符合要约的要求

要约人在要约中可以对承诺的传递方式做出具体的规定，例如，指定必须以电报或电传做出承诺等。在这种情况下，受要约人在承诺时必须根据规定的传递方式办理，如果擅自改用平信或空邮的方式传递，承诺就不能成立。如果要约人在要约中对承诺的传递方式没有做出具体的规定，那么，承诺人在发出承诺通知时，一般应根据要约所采用的传递方式办理。如果要约采用的是电报，则承诺时也应采用电报。如果要约采用的是空邮，则承诺时也应采用空邮。但是，如果承诺人采用比要约所指定的或要约所采用的传递方式更加快捷的通信方式做出承诺，例如，要约采用空邮寄出或在要约中指定采用空邮承诺，但是承诺人为了早日达成交易，在要约的有效期限内，采用电报或电传的方式发出承诺，这在法律上是有效的，要约人不能因此而予以拒绝。

2. 承诺生效的时间



提示 根据西方各国的法律，承诺一旦生效，合同即告成立，双方当事人要承担合同规定的权利与义务。因此，对承诺生效时间的规定是合同法中的一个十分重要的问题。

在承诺生效时间这个问题上，英美法与大陆法，特别是与德国法有很大的分歧。其法律的不同规定主要表现为三种不同的主张。

（1）投邮主义

投邮主义（Mail-Box Rule）是指在以书信或电报做出承诺时，承诺一经投邮，立即生效，合同即告成立，这是英美法国家的主张。英美法认为，即使表示承诺的函件在传递的过程中丢失，只要受要约人能证明已对函件付足了邮资，写妥了地址并交到邮局，合同仍可以成立。其理由是，法律认为，要约人曾默示地指定由邮局作为他接受承诺的代理人，所以一旦受要约人把承诺交到邮局，就等于交给要约人一样，承诺立即发生效力，即使由于邮局的疏忽把表示承诺的信件丢失了，也应当由要约人负责，与受要约人无关，不得因此影响合同的成立。但这只是表面上的理由，其实质是为了缩短要约人能够撤销要约的时间，根源在于英美法固守“对价”原则，认为要约人可以不受要约的约束，在其要约被承诺以前，随时都可以把要约撤销。这项原则对受要约人是不利的，如果在承诺时不采取“投邮主义”，而采取“到达主义”，即必须等到承诺到达要约人时才发生效力，这就意味着要



约人从承诺发出时起至收到承诺时止的这段时间内,也可以随时撤销要约,这无疑将对受要约人更加不利,使受要约人感到交易缺乏应有的公平。所以,英美法为了调和要约人与受要约人之间的利益冲突,对要约与撤回要约的意思表示采取“到达主义”,即必须到达受要约人才能生效;而对承诺的意思表示则采取“投邮主义”,即一经投邮立即生效。

(2) 到达主义

大陆法中的德国法,在承诺生效的时间问题上采用了与英美法不同的原则。《德国民法典》对承诺生效的时间没有做出具体的规定,但是根据德国法,无论要约、承诺或撤回要约或承诺的通知等,都属于意思表示之列,适用有关意思表示的规定。根据《德国民法典》第130条的规定:“对于相对人以非对话方式所做的意思表示,于意思表示到达相对人时发生效力。”换言之,德国法对承诺生效的时间采取“到达主义”(Received the Letter of Acceptance),即必须在承诺到达相对人时才开始发生效力,合同也在此时成立。

(3) “了解主义”

过去,大陆法原则上采取“了解主义”(Knowledge of the Letter of Acceptance),即不仅要求收到对方的意思表示,而且要求证明对方真正了解其内容时,该意思表示才能生效。但是,从法律上说,要证明是否了解某种意思表示的内容是难以确定的,因为要约人收到表示承诺的信件后,可能立即拆阅并了解其内容,也可能认为无关紧要或忙于别的事情而搁置一边。在这种情况下,要确定承诺什么时候生效是非常困难的。所以,《德国民法典》采取了“到达主义”原则,不管收信人是否已了解其内容,这样的规定便于在发信人与收信人之间明确地划分彼此对于信件在传递的过程中可能发生的风险的责任。发信人承担从发出信件时起至送到收信人时这段时间的风险,如果承诺函件在传递的过程中遗失,承诺即不发生效力,合同就不能成立。反之,从信件到达收信人的支配范围时起,就由收信人承担风险,即使收信人没有及时拆阅,不了解其内容,承诺亦于到达时生效。所谓到达收信人的支配范围,一般是指送达收信人的营业所或惯常的居住地点,而不要求必须送到收信人的手中。

日本虽然属于大陆法系国家,但是在承诺生效时间的问题上却有自己的特色。《日本民法典》在总则中的第97条原则上规定,对隔地人之间的意思表示,自通知到达相对人时起生效,即采取“到达主义”;但是在“契约”一章中的第526条又规定,隔地人之间的契约,于发出承诺通知时成立,即对契约成立又采用发出生效的原则。

3. 承诺的撤回

撤回承诺是承诺人阻止承诺发生效力的一种意思表示。承诺必须在其生效之前才能撤回,其一旦生效,合同即告成立,承诺人就得不得撤回其承诺。

西方各国的法律对承诺生效的时间有不同的规定,所以,在承诺人是否能撤回承诺的问题上,法律也有相应的不同规定。根据英美法的有关判例,由于其认为承诺的函电一经投邮就立即生效,因此,受要约人在发出承诺通知后就不能撤回其承诺。根据德国法,由



于其认为承诺的通知必须送达要约人才能生效，因此，受要约人在发出承诺通知后，原则上仍然可以撤回承诺，只是撤回的通知必须与承诺的通知同时或提前到达要约人。例如，如果是以前邮或空邮发出的承诺通知，则可以用电报或电传等更加快捷的传递方式追上它们，将其撤回。

3.2.3 电子商务合同的订立

1. 电子商务合同当事人

由于电子合同不可能像传统合同那样通过面对面对谈判，最终在书面合同上签名或盖章，从而形成有约束力的合同，因此，双方当事人一般都通过约定的电子密码确认数据电文的发件人与实际生成并发送该电文的人是同一主体。同理，由此而形成的电子合同，如同确认传统合同当事人的依据是各方的签名和盖章那样，确认电子合同各方当事人的依据是电子密码。目前确认电子合同当事人的主要方法是数字签名。

由于电子商务在网络虚拟空间中进行，因此，在电子交易中，有时难以辨认交易对方的真实身份。例如，电子合同的当事人很容易以某个化名进入某个网站，通过提供或登录虚假的身份与他人进行交易。如同纸质合同需要确认对方当事人是否具有行为能力和权利能力一样，电子商务合同也需要确认对方当事人的缔约能力。

对于 B2C 电子商务合同，则存在保护消费者、明确电子商务身份资格的需要。不少国家的法律规定 B2C 电子商务的经营者必须披露其有关信息，主要是经营者的名称、法定地址、经营执照的内容和联系方式等，以保证消费者能在交易之前了解经营者的基本情况，提高电子交易的信用基础，防止不法经营者的欺诈行为。如 2000 年实施的欧盟《远程销售指令》规定经营者在向消费者远程销售时，应在其网站中显示：经营者身份，若要求提前付款的则还须注明其地址；介绍其商品或服务的主要特点；明确全部价格，包括税款的承担；若总价款中包含运费，则应注明该运费；明确消费者有撤销合同的权利；明确使用远程通信的互联网费用的承担。

对于 B2B 电子商务合同，存在确认交易主体的问题，以保证电子合同的不可抵赖性。目前主要是采用数字签名的方式。而对数字签名本身的真实性的辨认，主要通过权威的认证机构予以认证。这种方式对确保国际电子合同效力及其交易安全十分有利。

2. 电子商务合同代理人

电子合同代理人是指“不需要人的审查或操作，而能独立地发出、回应电子记录，以及部分或全部地履行合同义务的计算机程序”。电子代理人并不是传统民商法的独立的主体概念，它只是执行合同主体的设定的程序，并能智能化运作的交易工具，因此，电子合同代理人不具有法律主体资格。

在电子合同中，确实存在大量的通过计算机程控程序自动完成电子交易，其特点是电子合同的订立以及合同的履行由计算机程序自动完成，而无须人的介入、操作或干预。例



如, A 企业设有一套接受定货的程序, B 公司通过电子合同要约的形式向 A 企业定购一批某型号的原材料, 当 A 企业设定的程序接收到 B 公司的电子要约, 并确认电子要约的内容等符合程序参数时, 该程序就自动做出接受(承诺)并交付履行。这一交易过程如同饮料自动售货机, 消费者只要将一定的货币投入自动售货机(要约), 后者确认(承诺)后就会自动送出所要的饮料(履行合同行为)。但是, 一方面, 无论是电子代理人还是自动售货机, 本身不能实施意思表示, 而仅仅是一方合同当事人设定的在参数范围内自动实施某些行为或者对他人的行为做出反映的特殊工具; 另一方面, 由于其具有在电子合同当事人设定的程序范围内“独立”地完成合同的订立等功能, 因此被冠以“电子合同的代理人”雅号, 并且如同民事合同的代理那样, 电子合同的代理人完成的订立合同行为的后果由被代理人(预先设定该程序的人)承担。

3. 电子合同的订立

一般合同的订立要经过要约和承诺两个过程, 电子合同订立也包括要约和承诺两个阶段, 并且要约和承诺的实质性条件几乎没有区别, 所不同的只是要约与承诺的电子手段及其对这种手段的法律承认。

(1) 电子合同的要约

国际电子商务合同的要约成立的要件与纸质合同基本相同, 也存在要约与邀请要约的区别。众所周知, 由于价格低廉、信息量大及迅速及时等特点, 互联网上便存在着越来越多的电子广告。一方面, 这些广告及具有广告特征的电子信息可以通过网站发布, 也可以向无数个电子信箱发送; 另一方面, 国际电子商务合同的要约可以向特定的人发出, 但往往是以各种不同的形式在世界范围内向不特定的人发出。这样, 如何区别具有广告形式的电子要约与邀请要约性质的广告就成为一个需要加以明确的现实问题。

一般来说, 区别两者的主要标准仍是合同法有关要约与邀请要约的原理。也就是说, 要约一般是向特定的受要约人发出; 要约的意思表示应内容具体、明确; 表明经受要约人承诺, 要约人即受该意思表示的约束。但是, 电子商务是一种在虚拟的网络中从事的现实交易, 商家为方便用户和消费者, 乐意采用迅速交易的形式, 也就是说, 不少商家发布电子广告时, 也表示其明显的电子要约意向。例如, 商家在广告中不仅介绍商品的名称、规格、性能和价格等信息, 而且标明“购买”类型的指示菜单, 用户或消费者只要键击“购买”, 即可成交。对于商家而言, 可能会不在乎上述类型的电子广告究竟是一个要约还是邀请要约, 而只关注这一过程是否能够顺利完成。但在法律上, 这可能是一个有争议的问题, 因为按照传统的合同法原理, 上述电子广告被认定是一个要约或者邀请邀约的人都可以自圆其说。类似的广告还有商家通过网站向其会员提供有关销售其各类商品的广告等。考虑到商务电子技术的进步, 并根据要约的构成要件(尤其是商家明显的定约意图), 上述电子广告被认定构成一项要约更符合合同法原理。尽管其存在交易主体、交易者人数及交易数量的不特定性, 而且商家有可能收到来自世界各地无数个承诺, 但只要在电子交易系统中



设置软件程序（如设置一定供货量的范围内按先后顺序），就能够当即对任何承诺做出接受与否的确认。

由此，必然会产生这样的问题：根据合同法原理，只要购买方键击“购买”，就是对要约的承诺，也就意味着合同的成立，不当产生再对“购买”这一承诺行为进行确认的问题。这也是认定上述广告为邀请要约的一个重要理由。解决这类问题的一个基本原则应当是：法律规范应当适应电子商务的发展趋势。因此，有必要对商务电子合同的要约与承诺的特殊性做出某些新的解释或规定，如对这类即时交易形式的要约，规定其效力以事先确认的销售数量为限；只能采用与要约形式相同的方式做出承诺，否则视为一项要约；如果商家无货销售，就不得以要约形式发布广告等。

各国（或地区）在电子合同要约的生效问题上基本都采取“到达主义”原则，即达到收件人指定的系统或者收件人的任何系统。

与纸质合同不同，采取数据电文形式的要约一般不存在要约的撤回问题，因为数据电文传送得非常迅速，难以做到在要约到达之前撤回该要约。但是，电子商务合同的要约撤销也是可能的，最典型的例子是通过电子邮件的方式发出的要约，只要在受要约方做出承诺之前，在符合合同法规定的前提下，要约人可以撤销其要约。只是对采用 EDI 形式的要约，由于通常都是按照事先设定的程序进行交易，受要约方的计算机收到要约后，整个交易过程自动迅速完成，无须人员介入，因此一般不存在要约的撤销问题。

（2）电子合同的承诺

电子商务合同的承诺方式一般应当与要约的形式相适应，也就是说，一般也应当通过网络做出承诺，或采取电子信件，或采取键击即时交易，或采取 EDI 方式。在采取电子邮件的情况下，存在着承诺达到的问题。联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》和各国的电子商务法都采取到达主义原则，即达到收件人指定的系统或者收件人的任何系统。我国《合同法》第 26 条也采取此原则。需要注意的是，《电子商务示范法》的规定更加严谨、合理，该法第 15 条规定，在收件人指定某一系统，而数据电文送达收件人的其他信息系统时，“以收件人检索到该数据电文的时间为收到时间”。在采用键击即时交易的情况下，可能存在着对承诺确认的问题（见上述要约部分）和承诺撤销的问题。一般而言，在瞬间完成交易的键击式承诺时，根本不存在撤销承诺问题。但是，考虑到承诺人可能没有得到充分的审查合同的机会，或者会发生误击等纸质合同不易发生的各种意思表示不真实的情况，有些法律规定可以在承诺后的一段时间内撤销该承诺，这尤其有助于对 B2C 合同中消费者的保护。在采取 EDI 方式的情况下，要约与承诺可能没有明确的界限，有时呈现互换性。

为明确电子合同的确定性，《电子商务示范法》和一些国家的国内法都规定了确认数据电文收讫的程序，尽管这些规定都属任意性规范，但它有利于保证合同的确定性。对承诺的确认，不仅可以使对方明确是否要做履行合同的准备，还可以为合同成立提供证据。但是，这种确认本身并不能证明发送的数据电文内容与收到的数据电文内容相一致，要做到



两者内容一致,则要通过电子签名和认证机构的签名证书等途径来完成,若要达到权威的确认程度,还须采用在线公证等方式。

(3) 我国《合同法》中有关电子商务合同的规定

我国《合同法》顺应电子商务发展的趋势,明确规定数据电文是合同法定形式之一。《合同法》第11条采用了联合国《电子商务示范法》“数据电文”一词的内涵及其外延,明确列举了电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件五种形式均属数据电文,并将数据电文归入书面形式之中。

除了第11条之外,我国《合同法》调整有关数据电文形式订立合同的条款还有:

1) 第16条对合同到达的时间所做的规定,即“采取数据电文形式订立的合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间”。

2) 第34条对合同的成立地点所做的规定,即“采取数据电文形式订立的合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点”。

此外,由于《合同法》对大量有关数据电文形式的合同内容均未做明确规定,为解决电子签名效力等敏感问题,《合同法》第33条规定:“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”但对电子合同的当事人而言,这项规定更像一项建议。显然,在电子签名技术和认证制度不断趋于完善的情况下,这项规定已滞后于国际通行的承认电子签名效力的惯例或趋势,并可能对电子签名的可靠性和有效性带来不确定性。当事人在签订国际电子商务合同时,可以参照联合国国际贸易法委员会的《电子签名示范法》的有关规定。

总之,由于各种因素的限制,我国《合同法》调整有关数据电文形式订立合同的条款非常有限,但它仍处于不断完善之中。

3.2.4 当事人的缔约能力

合同生效是指已经成立的合同在当事人之间产生了一定的法律效力。合同成立与合同生效是两个完全不同的概念。合同成立是指合同订立过程的完成,是当事人合意的结果。合同成立只是解决了合同是否存在的问题,即使合同已经成立,如果不符合法律规定的生效要件仍不能产生法律效力。各国合同生效制度对合同当事人的缔约能力都有具体的规定,当事人的缔约能力如有缺陷,则合同不能发生相应的法律效力。

1. 自然人的缔约能力

自然人的缔约能力是自然人民事行为能力的一种。世界各国法律对于具有订立合同的行为能力人和没有订立合同的行为能力人,都有具体的规定。

(1) 大陆法系

法国法把当事人的行为能力作为合同生效的必要条件,但法国法没有无行为能力与限



制行为能力之区分。《法国民法典》第 1124 条规定无订立合同能力的人包括：① 未解除亲权的未成年人；② 受法律保护的成年人，包括官能衰退者和因挥霍浪费游手好闲以致陷入贫困者。这些人订立的合同必须取得其监护人或管理人的同意，否则合同无效，但须经法院宣告。德国法区分无行为能力、限制行为能力两种情况。依《德国民法典》第 104 条规定：未满 7 周岁的儿童；处于精神错乱状态，不能自由决定意志，而且按其性质此种状态并非暂时者，因患精神病被宣告为禁治产者，皆属无行为能力人。他们所订立的合同不发生任何效力。限制行为能力，是指年满 7 周岁未满 18 周岁的未成年人。他们所作的意思表示，须取得其法定代理人的同意。凡未成年人未经其法定代理人的同意所订立的合同，须经法定代理人追认以后，才能生效。

（2）英美法系

在英美法系国家，无缔约能力的自然人包括未成年人、有精神缺陷的人和酗酒的人。未成年人原则上没有订立合同的能力。未成年人对其订立的合同，在其成年之后，可以予以追认，也可以要求撤销，但是属于必需品的合同除外。精神病人在其被宣告精神错乱以后所订立的合同，一律无效；至于在宣告精神错乱以前所签订的合同，则可要求予以撤销。

（3）中国法

中国《民法通则》第 55 条明确规定，民事法律行为的行为人应具有相应的民事行为能力，这对于保护当事人的利益，维护社会经济秩序，是十分必要的。根据《民法通则》规定，不满 10 周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无行为能力人。无行为能力人不能独立进行民事活动，他们签订的合同是无效的。10 周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己的行为的精神病人是限制民事行为能力人。他们只能实施与其年龄、智力相适应的活动。《合同法》第 47 条规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效；但纯获利益的合同或者与年龄、智力、精神健康状况相适应的合同，不必经法定代理人追认。

2. 法人的缔约能力

（1）英美法

在英国，公司大体上可以分为依制定法成立的公司和依英王颁发的特许状成立的公司。大多数商业公司属于前一类公司，后一类公司则主要是慈善机构或教育机构。长期以来，在决定依制定法成立的公司缔约能力时，适用的规则是“越权”无效的规则。其含义是，公司无权在其章程规定的营业目的之外签署合同，否则该合同是无效的。上述判例规则的运用导致了大量的不公正的后果，受到了人们的激烈批评。英国在加入欧盟之后，开始改革这一制度。1972 年，英国接纳了《1972 年欧共体法》，其中第 9 条的规定使善意的与公司交易的人受到保护，只要这一交易是由公司董事在其被授权的范围内做出的决定。以后，英国又通过《1985 年公司法》和修改该法的《1989 年公司法》。这些法律规定：“由一个公司实施的行为的有效性，不能因公司章程中的任何内容所导致的能力的缺乏而受到质疑。”



至此，传统的“越权”无效的规则被废弃了。

在美国，早期的判例也接受了“越权”无效的规则。然而，从19世纪末开始，美国法院在审判实践中已经表现出对公司章程中的营业目的条款作扩大解释的倾向。在20世纪，“越权”无效的规则在各州的制定法中已逐步被放弃。目前，美国各州的制定法几乎都废弃了这一规定。这种情况通过1979年的《示范企业公司法（修改稿）》规定反映出来。

（2）大陆法

法国在1969年通过颁布第1176号法令，在《商事公司法》第49条中做了如下规定：对于有限责任公司，“在与第三人的关系中，经理拥有在任何情况下以公开的名义进行活动的最广泛的权力……公司甚至应对经理的不属于公司宗旨范围的行为负责，但公司举证证明第三人已知道或根据当时情况不可能不知道该行为超越了公司宗旨范围的除外，仅公布公司章程不足以构成此种证据。限制经理根据本条所产生的权力的章程条款不得对抗第三人。”根据同一法令在第113条中增加的内容规定：上述规定也适用于股份有限公司的董事会和董事长。

《德国民法典》第26（2）条规定：对社团法人，董事具有法定代理人的身份；董事会代表权的范围得以章程加以限制，限制得以对抗第三人，可是，依德国《股份有限公司法》第82条和《有限责任公司法》第37条的规定，公司章程中对公司营业目的的限制不得对抗第三人，根据特别法优于一般法的原则，至少对股份有限公司和有限责任公司而言，公司的行为越权并不会导致行为无效。

（3）中国法

20世纪90年代以来，为了适应社会主义市场经济发展和使中国的法制环境与国际接轨的需要，1993年，最高人民法院在《全国经济审判座谈会纪要》中指出：“合同约定仅一般违反行政管理性规定的，例如，一般地超范围经营、违反经营方式规定而不是违反专营、专卖及法律禁止的规定，合同标的物也不属于限制流通的物品的，可按照有关的行政管理规定进行处理，而不因此确认合同无效。”

3.2.5 对价与约因

从合同的基本特征可以看出，合同是双方当事人的法律行为，意在当事人之间设立、变更或终止民事法律关系。当事人之间的这种民事法律关系应该是以对等关系存在的。许多西方国家的法律也因此要求一项在法律上有效的合同，除了当事人之间意思表示一致外，还必须具备对等因素的法律要件。英美法称为“对价”，法国法称为“约因”，并以有无对价或约因作为区别有诉权的合同（Actionable Contract）与无强制执行力的约定（Unenforceable Pacts）或社交性的协议（Social Agreement）的一个根本标志。不同国家对于对价和约因的规定不尽相同，下面分别介绍。



1. 英美法关于对价的相关规定

英美法把合同分为两种类型：一种类型是签字蜡封合同，这种合同是由当事人签字、加盖印鉴并把它交给对方而作成（Signed, Sealed and Delivered）的，其有效性完全是由于它所采用的形式（Form），不要求任何对价；另一种类型是简式合同（Simple Contract），它包括口头合同与非签字蜡封式的一般书面合同，法律要求这类合同必须有对价支持，否则就没有法律约束力。

英美法中的对价较为晦涩难懂。根据 1875 年英国高等法院在“卡利埃诉米萨案”（Currie v. Misa）的判决中所下的定义，对价是指“合同一方得到的某种权利、利益、利润或好处，或者是他方当事人克制自己不行使某项权利或遭受某项损失或承担某项义务”。也有人把对价简单地说成是“购买某种‘允诺’的代价”。近年来，英美法在解释对价的含义时，主要强调在当事人之间必须存在“我给你是为了你给我”的关系，即彼此之间要提供“相互给付”。例如，在买卖合同中，卖方交货是为了取得买方支付货款，而买方付款是为了取得卖方的货物，这种卖方的交货与买方的付款就是买卖双方的“相互给付”，也就是买卖合同的对价。

根据英美法的解释，一项有效的对价必须具备以下五个条件。

（1）对价必须合法

凡是以法律所禁止交易的东西作为对价的，都是无效对价。例如，贩卖毒品的合同，因为作为对价的标的物是非法的，所以这种合同是无效的。

（2）对价应有严格的时效性

英美法把对价分为三种：待履行的对价（Executory Consideration）、已履行的对价（Executed Consideration）、过去的对价（Past Consideration）。对价必须是待履行的对价或已经履行的对价，而不能是过去的对价。

待履行的对价是指双方当事人允诺在将来履行的对价。例如，双方当事人于某年 7 月签订了一项合同，其中规定卖方于 9 月交货，买方于卖方交货时付款。在这项合同中，交货与付款都属于待履行的对价，都是有效的对价。

已履行的对价是指当事人中的一方以其作为要约或承诺的行动，已全部完成了他根据合同所承担的义务，只剩下对方尚未履行其义务。这里有两种情况：一种是当事人一方的行为是作为要约做出的。例如，卖方主动向买方发货，当买方接受货物时，买卖合同即告成立，此时卖方的对价已经履行即已履行了交货义务，对此，买方有义务支付合理的价金；另一种是当事人一方的行为是作为承诺做出的，在这方面最常见的例子是悬赏广告。例如，甲某在报纸上刊登一则广告，许诺如果有人找到他所丢失的物品，将付给若干英镑报酬。对此，如果乙某见报后找到失物交还甲某，合同即告成立，乙某的行为就属于已履行的对价，甲某有义务付给乙某约定的报酬。

过去的对价是指一方在对方做出允诺之前已经全部履行完毕的对价，它与已履行的对



价的主要区别在于，已履行的对价是在对方做出允诺之时提供的，是以此作为换取对方允诺的对价；而过去的对价，是在对方做出允诺之前就已经完成了的，并不是以此来换取对方的允诺。英美法的一项原则是“过去的对价不是对价”（Past Consideration is No Consideration）。这通常是指某人过去曾经为他人做某事从而使后者得到了某种好处，日后，后者为了表示感谢，允诺给予某种报答。但是，这种允诺是缺乏对价的，因为过去做过的事情不能作为现在这种允诺的对价，所以，这种允诺是没有约束力的。英美法认为，这种允诺属于无偿的（Gratuitous）允诺，而无偿的允诺除非是以签字蜡封的形式作成，否则是没有约束力的。但是，在英美法中，对于“过去的对价不是对价”这项一般原则也有例外的情况，即如果一方应对方的请求为后者提供了某种服务，日后，对方允诺给予报酬，则这种过去已经提供的服务仍然可以作为日后的允诺而给予报酬的对价，这项允诺就是有约束力的。美国许多州还把这种例外的原则推广到某些未经对方提出要求的行为（Unrequested Acts），只要这种行为是在紧急情况下做出的，则在完成此种行为之后，如果对方允诺给予报酬，该项行为可以作为此项报酬的对价，此项允诺即具有约束力，承诺人不得反悔。

（3）对价必须具有某种价值

这里的价值不单指金钱上的价值，也可以是其他东西。例如，提供某种服务或不行使某种权利等。对价必须具有某种价值，但对价不是等价，不要求必须与对方的允诺价值相等（Equivalent to the Promise）。例如，甲某聘请乙某为雇员，约定每周工资为 60 英镑。这项雇用合同是有对价的，至于 60 英镑的对价是否与乙某所提供的劳务价值相等，法院一般不予以过问。同样，如果商人愿意以很低的价格出售其价值很高的商品，法院也不予以查究。英国法院认为：“凡属对价是否充分的问题，应由双方当事人在订约时自行考虑决定，而不应在谋求强制执行时由法院决定。如果法院在审理有关合同的案件时，对于对价是否充分的问题，都一一进行查究，法院的工作将没完没了，不胜其烦。”

值得注意的是，如果对价很不充分而使合同极不公平，足以说明是由欺诈（Fraud）或错误（Mistake）因素所导致，则允许当事人请求给予衡平法上的救济，要求撤销合同。但这是另一个问题，不是由于对价很不充足从而使合同不能执行。《美国统一商法典》对于这类所谓极不公平的合同（Unconscionable Contract）做了具体的规定。根据《美国统一商法典》第 2 篇第 2-302 条的规定，如果法院认为某项合同或合同中的某项条款极不公平，法院就可以拒绝执行该项合同，或者不执行极不公平的部分而只执行其余部分。

（4）已经存在的义务或法律上的义务不能作为对价

英国的合同法著作常常援引英国法院的下述判例说明这项原则：船方雇用一批海员作一次往返于伦敦与波罗的海的航行，途中有两名海员开了小差，船长答应其余的海员，如果他们努力把船开回伦敦，他将把那两名海员的工资分给他们。事后船长食言，船员到法院起诉。法院判决，船长的允诺是无效的，因为缺乏对价。其理由是，船员在开船时，已承担了义务，答应在航行中遇到意外情况时尽力而为。有两名船员开了小差就是属于这类



意外情况。余下的船员根据其原来签订的雇用合同有义务尽力把船安全开回目的港。简而言之，凡属原来合同上已经存在的义务，不能作为一项新的允诺的对价。

另外，凡是属于履行法律上的义务的，也不能作为对价。例如，某人的女儿被绑架，他登报声明，如果有人找到其女儿，愿奉赏金 2 万美元。某警察奉命办理此案，并找回该人的女儿。但是法院认为，这是警察法律上的责任，不足以作为对价而领赏。

（5）对价必须来自受允诺人

根据英美法的对价原则，只有对某项允诺付出了对价的当事人，才能要求强制执行此项允诺。因此，假设甲向乙许诺，若乙为他完成某项工作，他将付给丙一笔钱。在这种情况下，如果乙完成了该项工作后，甲拒绝把钱付给丙，则丙不能对甲起诉，要求法院强制执行向丙付钱的许诺。因为作为对甲的许诺的对价是来自乙而不是来自丙，丙并没有提供任何对价。

英美法关于对价的原则已经不能适应当代社会经济发展的需要，因为按照这一原则，当事人之间在签订合同之后，如果要改变原来的合同，或者在债权人与债务人之间想要免除债务（Release of Debt）时，就会由于缺乏对价而不能成立。例如，甲欠乙 1 100 英镑，乙答应只收取 850 英镑而免除甲的债务，但由于少收的 250 英镑缺乏对价，所以乙的允诺是没有约束力的。这种原则显然是不符合商业习惯的做法。因此，英美法往往采取一些例外的原则避开这项一般原则的适用，其中最常用的办法是对原来的条件做某种改变。例如，在上述例子中，假设甲欠乙的 1 100 英镑应于 7 月 15 日偿还，乙提出如果甲能在 4 月 15 日付款，则只需付 850 英镑即可免除其全部债务，如果甲表示同意，则这种新的允诺是有约束力的，因为它是以提前付款为对价的。美国法律认为，即使这种改变十分轻微，也是有作用的。

为了适应当代商业发展的需要，《美国统一商法典》第 2 篇第 2-209 条第 1 款明确规定，关于修改现存合同的协议，即使没有对价也具有约束力。此外，美国法为了防止在某些情况下由于缺乏对价而产生不公平的结果，还形成了一项所谓“不得自食其言”（Promissory Estoppel）的原则。其含义是，如果允诺人在做出允诺时，应当合理地预见受允诺人会信赖其允诺而做出某种实质性的行为或放弃做某种行为，并已在事实上引起了这种结果，只有强制执行该项允诺才能避免产生不公平的后果，那么，即使该项允诺缺乏对价，亦应予以强制执行。

近年来，英国法院的少数判例也出现朝着美国法的方向发展的趋势。由此可见，英美法在对价问题上的规定正在逐渐演变之中，总的倾向是采取比较灵活的态度，以便使对价原则与现代商业的某些习惯做法协调一致。

2. 法国法关于约因的相关规定

法国法把约因作为合同有效成立的要素之一。《法国民法典》设有专目，对约因的作用做了具体规定。



按照法国法的解释，债的约因是指订约当事人产生该项债务所追求的最接近与最直接的（Immediate and Direct）目的。法国法强调把约因与当事人的动机（Motives）区别开来。以买卖合同为例，甲向乙购买一辆汽车，甲购买汽车的动机可能是各式各样的，可能是自用，可能是出租，也可能是为了赠送给亲友。购买汽车的直接目的却只有一个，就是取得汽车这个标的物。同样，乙出售汽车的动机也可能是各式各样的，可能是嫌原来的汽车不好，卖掉以后再买新的，也可能是因为经济困难，负担不了汽车的开销，但是卖车的直接目的也只有一个，就是取得一笔金钱。因此，在同一类型的合同中，其直接目的即约因往往是相同的。例如，在买卖合同中，约因都是以商品换金钱；在雇用合同中，约因都是以金钱换取劳动，等等。《法国民法典》第 1131 条规定：“凡属无约因的债，基于错误约因或不法约因的债，都不发生任何效力。”这里所谓的债（Obligation），包括债权与债务，它是指广义的债，不仅仅是指狭义的资金债务。按照法国法的解释，任何债的产生都必须有约因，否则就不发生任何效力。如果约因为法律所禁止，或约因违反善良风俗或公共秩序，此种约因即属于不法的约因，也不发生任何效力。

在双务合同中，即在当事人之间存在相互对应的两个债权债务关系的合同，存在两个约因，即双方当事人之间存在着相互给付的关系。例如，在买卖合同中，从交货方面而言，买方是债权人，卖方是债务人，卖方的交货义务是以买方的付款为约因的；而从付款方面而言，买方是债务人，卖方是债权人，买方的付款义务则是以卖方的交货为约因的。在无偿合同或赠与合同中，赠与人义务人，从理论上说，赠与人施惠于受赠人的意思（Intention to Confer a Benefit）可以代替约因，但实际上法国法对赠与合同都要求一定的形式。《法国民法典》第 931 条规定，赠与合同应以通常合同的方式，在公证人面前做成，并应在公证人处留存合同的原本，否则赠与合同无效。由此可见，在赠与合同中，代替约因的不仅是当事人有赠与的意思，更加重要的是合同成立的方式。正是由于这种合同采取了特定的方式，所以，法律上把它作为约因原则的例外，承认其为有效。

3. 德国法的有关规定

德国法与法国法不同，在合同成立的问题上，没有采用约因原则，它不以约因作为合同成立的必要条件，而是采用“不当得利”（Unjust Enrichment）的制度。这是因为，许多大陆法的学者认为，把约因作为合同成立的要件是没有价值的。其理由是，在双务合同中，双方当事人互为允诺，互为给付，这是双务合同固有的特点，其本身就具备合同成立的条件，无须再借助于约因作为合同成立的条件。至于无偿合同和赠与合同的成立，许多国家的法律都规定有形式上的要求，例如，必须在公证人面前订立或依法院的裁判成立等，无须以约因为要件。所以，1900 年《德国民法典》及承袭某些大陆法国家的法典，如《瑞士债务法典》与《日本民法典》等，在有关合同成立的章节中都不再采用约因这个概念。

德国法的“不当得利”（Unjust Enrichment）的制度规定，所谓不当得利，是指没有法律上的任何原因而取得他人财产或其他利益。在这种情况下，由于缺乏法律上的原因，取



得他人财产或利益的一方无权保留这种财产或利益，必须将其归还给真正的所有人。《德国民法典》第 812 条规定，无法律上的原因而受领他人的给付，或以其他方式由他人负担费用而受到利益者，负有返还该利益于他人的义务；或者虽然有法律上的原因，但是后来该原因已经消灭，或依法律行为的内容未发生给付目的所预期的结果者，亦有返还已得利益的义务。



相关链接

生活中的“不当得利”

例 1，债务人甲欠债权人乙 2 000 美元，本来已经付清，但因未及时注销账目，误向债权人乙再度清偿，这就是所谓无法律上的原因所做的给付。

例 2，某甲牧场中的马自动跑到某乙的马圈中，某乙就属于无法律上的原因从他人处得到利益，在这种情况下，由于受益人缺乏法律上的原因，属于不当得利，应负返还所得利益的义务。

例 3，甲、乙双方在订立买卖合同后，甲已支付货款，但是货物在风险转移于甲以前灭失，或者债权人甲为了接受清偿的目的，立下收据交给债务人乙，而乙在收到收据后并未清偿债务，这两种情况都属于所谓虽然有法律上的原因，但后来该原因已经消灭，或未发生给付目的所预期的结果，这也是不当得利，受益人必须返还其无权取得的利益。

由此可见，德国法虽然不把“原因”（约因）作为合同成立的要件，但是实际上，“原因”在德国民法的其他方面仍然起着很大的作用。德国法中的“不当得利”，在英美法与法国法中称为“准合同”（Quasi Contract），美国法有时称其为“偿还法”（Law of Restitution）。其名称虽然不同，但是法律效果则是一样的，都是由于缺乏法律上的原因或对价，双方当事人不能成立合同关系，受益人必须归还从他人处取得的财产或利益。

3.2.6 合同形式的法律约束

从法律约束的角度看，合同的形式可以分为两种类型，即要式合同和不要式合同。要式合同是指必须根据法律规定的形式或程序订立的合同。不要式合同是指法律上不要求根据特定的形式而订立的合同。各国法律之所以对某些合同要求必须根据法定的形式来订立，其目的和作用主要有两个方面：一是用以作为合同生效的要件，这种合同如果不依法定的形式订立，就不能发生法律上的效力，合同就无效；二是用以作为证明合同存在的证据，这种合同即使没有根据法定的形式订立，但是合同并非无效，只是不能强制执行，在发生诉讼时，必须以法律规定的形式（如书面形式、公证人的证明等）作为合同存在及其内容的证据，而不能只以口头证言作为证据。



相关链接

要式合同起源趣谈

要式合同最早来源于罗马法。在古罗马时代,某些买卖合同要用“铜与天平”的方式订立,除当事人到场外,还要有司秤人与5个证人到场,买主一面抓住要买的奴隶或物品,一面说:“这个东西是我花了天平上的这些铜买来的。”说罢把铜块放到天平上,合同即告有效成立。如果不采取上述形式,就不能成立合同。

到罗马法后期,随着商品货币关系的发展,合同的种类逐渐增多,出现了买卖、借贷等多种类型的合同。订立合同的形式与手续也逐渐简化,开始出现了所谓合意合同,即仅根据双方当事人意思表示一致即可发生法律效力的合同,这是不要式合同的发端。罗马法的这项法律原则后来被西方社会所接受,并成为西方各国合同法的一项重要重要的法律规则。

现代西方社会,商品交换关系高度发达,如果无论订立什么合同,都要采用一套复杂的法律形式,就会给社会的经济活动造成人为的障碍。因此,近代西方各国的法律,在合同形式问题上,都采取“不要式原则”(Principle of Informality),只是对某些合同才要求必须根据法律规定的特定形式订立。而要式合同一般为数甚少,并且各国法律对其的侧重点也各有不同。

德国法对于要式合同的规定主要侧重于作为合同有效成立的要件。《德国民法典》在总则中明确规定,不依法律规定形式的法律行为无效。如果法律规定必须采用书面形式时,则必须由书面做成人亲自签名,或用指印,由法院或公证人认证。如果法律规定意思表示必须经公证者,则其意思表示必须以书面形式做成,而且表意人的签名必须经主管机关、主管官员或公证人认证。德国法强调当事人的意思表示必须严肃、认真,并以是否遵守法定形式作为意思表示是否严肃、认真的标志,如果合同没有根据法定形式办理,说明当事人缺乏严肃、认真的订约意思,合同即归于无效,而不问当事人是否能提出证据证明合同的存在。

《德国民法典》除在总则中对形式要求做了原则性的规定外,还在其余各部分对不同类型合同所应采取的形式分别做出具体的规定,如有的合同要采取书面形式,有的合同要以公证人证明等。例如,《德国民法典》第518条规定,为使以赠与方式约定为给付的合同有效,其约定应有公证加以证明。又如,《德国民法典》第766条规定,为保证合同有效,应以书面形式表示其意思。对于转移土地所有权的合同,还要求在土地登记部门登记才能生效。

法国法对于要式合同的规定偏重于作为证据要求。法国法把要式合同分为两种情况:一种是以法定形式作为合同有效的要件,一种是作为证据要求。在第一种情况下,法院有权不根据当事人的申请,而根据其职权宣告不按法定形式订立的合同无效。这种合同为数



极少，根据《法国民法典》的规定，只有赠与合同、夫妻财产制合同与设立抵押权合同等几种。这些合同都以公证人的文书作为合同有效成立的形式要件。例如，《法国民法典》第2127条规定，以合同设定的抵押权应在公证人两人或公证人一人与证人两人面前根据公证文书方式做成，否则就不能产生法律上的效力。第二种情况是把某种法定形式作为证据，用以证明合同及其内容的存在，除了法律规定的形式以外，法院不接受其他形式的证据。《法国民法典》第1341条规定：“一切物件的金额或价额超过50新法郎者，即使自愿的寄存，均须于公证人前做成证书，或双方签名做成私证书。私证书做成后，当事人不得再主张与证书内容不同或超出证书所载以外的事项而以证人证明之……”这条规定适用的范围很广，原则上适用于价额超过50新法郎的合同。按照这项条文的精神，如果价额在50新法郎以上的合同没有采用公证人证书或私证书的形式，该合同并不是无效，而只是不能以证人作为证据，由于缺乏证据，法院将不予以强制执行。但如果债务人承认，则合同仍属有效。

上述原则有一个重要的例外，就是不适用于商事合同。根据法国的法律，商事合同是不要式合同，既可以采用口头形式，也可以采用书面形式，任何证据方式都可以使用。这种规定的目的是适应现代商业活动的需要。

英美法则对不同类型的合同有不同的要求。英美法把合同分为签字蜡封合同与简式合同两种。签字蜡封合同是要式合同，这种合同无须对价，但是必须以特定的形式订立。简式合同必须要有对价。简式合同不等于不要式合同，在简式合同中，一般是不要式合同，既可以采用口头形式订立，也可以采用书面形式订立，当事人可以自由选择合同所使用的形式。但是，也有些简式合同必须依法以书面形式订立，其作用有的是作为合同有效成立的条件，有的是作为证据上的要求，这将视合同的性质而定。

1. 签字蜡封合同

签字蜡封合同的订立必须遵守特定的形式，主要是合同必须以书面形式做成，有当事人的签名，加盖印戳，并须把它交付给合同的对方当事人。在过去，缔结签字蜡封式的合同是一种庄重的仪式，但现在的做法已经大大放松。现在一般是在书面合同上加上一条标签，上面写上“Seal”，或“L.S.”（Loco Sigilli 代蜡封的简写）字样，然后由允诺人把合同文件交给对方，全部手续即告完成。这实际上与订立一般书面合同差不多。根据1925年颁布的《英国所有权法》（Law of Property Act, 1925）第73条的规定，只要允诺人有无条件地受合同约束的意思，即使把这种签字蜡封合同留在自己的手里，不交给对方，合同仍可以有效成立。根据英国的判例，下列三种合同必须采用签字蜡封形式订立：① 没有对价的合同；② 转让地产或地产权益的合同，包括租赁土地超过3年的合同；③ 转让船舶的合同。这三种合同，如果不以签字蜡封的形式订立，均属无效。



提示 美国大多数州已经废止了签字蜡封式的合同，这些州的法律认为，即使合同采用了签字蜡封的形式，但如果没有对价，那么合同仍然无效。



2. 简式合同

简式合同是指必须要有对价支持的合同,但不等于完全是要式的合同。按照英国法,以下几种简式合同必须以书面形式做成,否则合同就无效或不能强制执行。

(1) 要求以书面形式作为合同有效成立要件的合同

依照英国的法律,下列合同必须以书面形式做成,否则无效:① 汇票与本票;② 海上保险合同;③ 债务承认;④ 卖方继续保持占有的动产权益转让合同(Bill of Sale)。

(2) 要求以书面文件或备忘录作为证据的合同

这种书面形式要求同前一种的不同之处在于,不具备这种书面形式要求的合同不是无效,只是不能以口头证据证明合同的存在及其内容,因而不能强制执行。如果双方当事人自愿执行,则合同仍属有效。这种书面形式要求来自1677年英国的《欺诈法》(Statute of Fraud)。根据该法的规定,有五种合同必须以书面形式做成,并由承担义务的一方当事人签字才能作为证据,否则不得向法院起诉。这部法律的目的是防止原告捏造事实,在根本不存在合同的情况下提起诉讼,进行诈骗。但是这部法律也有漏洞,因为有些被告也可以以没有书面形式为借口,逃避其根据口头形式合同所承担的义务。因此,20世纪以来,英国曾两次对这部法律进行了修改,一次是1925年所有权法,另一次是1954年法律改革(合同强制执行)法。经过修改以后,《欺诈法》的大部分内容已被废止,但以下三种合同仍然要求以书面形式作为证据:① 保证合同;② 有关土地买卖或处置土地权益的合同;③ 金钱借贷合同。除《欺诈法》外,英国还有一些成文法对某些合同的形式要求做出具体的规定。

美国沿用了英国的《欺诈法》,几乎所有的州都制定了自己的欺诈法,在内容方面大同小异。美国的欺诈法要求下列合同必须以书面形式作为证据:① 不动产买卖合同;② 从订约时起不能在1年之内履行的合同;③ 为他人担保债务的合同;④ 价金超过500美元的货物买卖合同。

《美国统一商法典》第2篇第2-201条也规定,凡价金超过500美元的货物买卖合同,除该法典另有规定外,均须以书面形式做成,否则不能向法院起诉要求强制执行。但该法典也规定了若干例外情况,在这些情况下,即使不具备书面形式的要求,合同也可以强制执行。例如,如果卖方已在实质上开始生产专为买方制造的、不宜售给其他买方的商品,则该合同虽然没有采取书面形式做成,但是仍然具有约束力。又如,在合同已经部分履行的场合下,即使没有采用书面形式做成,但是对方已经履行的部分,仍然具有强制执行力。

《联合国国际货物销售合同公约》对于国际货物买卖合同的形式原则上不加以任何限制。无论当事人采用口头形式还是书面形式,都不影响合同的有效性,也不影响证据力。该公约第11条明确地规定:“买卖合同无须以书面订立或证明,在形式方面不受任何其他条件的限制,买卖合同可以用包括证言在内的任何方法证明。”

该公约的这条规定是为了适应当代国际贸易的特点,因为许多国际货物买卖合同是以现代通信方法订立的,不一定存在书面形式合同。但该公约为了照顾某些国家把买卖合同



必须以书面形式订立的条件作为重要的政府政策的现状，允许缔约国对第 11 条的规定提出声明，予以保留。如果订约当事人的任何一方的营业所处于做出保留声明的缔约国内，则第 11 条的规定将不予以适用。

我国在核准该公约时，对这条提出了保留，并曾在《中华人民共和国涉外经济合同法》（现已废止）中规定，对外签订的合同必须以书面形式订立，否则无效。1999 年 10 月 1 日生效的《合同法》第 10 条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”

3.2.7 合同的合法性

西方国家大都认为，“契约自由”（Freedom of Contract）与“意思自主”（Autonomy of Will）是合同法的基本原则，即允许当事人根据他们的意愿自由地选择订约的对象，商定合同的内容，决定是否订立合同。我国的《合同法》第 4 条也规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”但是这种契约自由原则必须在法律允许的范围内进行。《法国民法典》第 1134 条规定：“依法成立的契约，在订立契约的当事人间有相当于法律的效力。”我国《合同法》第 7 条规定，“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益”。对于违反法律、违反善良风俗与公共秩序的合同，一般都规定是无效的合同。

1. 大陆法对于合同合法性的有关规定

大陆法系各国都在民法典中对合同违法、违反公共秩序和善良风俗的情况及其后果做出明确的规定，但各国的处理方法有所不同。

《法国民法典》第 6 条原则性地规定，“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”。根据法国法，构成合同非法主要有两种情况：一种是交易的标的物是法律不允许进行交易的物品。《法国民法典》第 1128 条规定，“得为合同标的之物件以许可交易者有限”。例如，贩卖毒品与其他违禁物品等，标的物是法律不允许交易的物品。另一种是合同的约因不合法，即合同所追求的目的不合法。《法国民法典》第 1131 条规定：“基于错误原因或不法原因的债，不发生任何效力。”《民法典》第 1133 条对什么是不法原因做出定义：“如原因为法律所禁止，或原因违反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。”例如，某甲与某乙相约，如果某乙肯为某甲做某种犯罪行为，某甲即允诺给予报酬，这种允诺在法律上是无效的，因为他所追求的目的是驱使他人做出犯罪行为，而这种行为是法律所禁止的。

德国法不具体规定是合同的标的违法还是合同的约因违法，而是着重于法律行为与整个合同的内容是否有违法的情况。《德国民法典》在总则篇第二章“法律行为”中规定，“法律行为违反法律上的禁止者无效”，并规定，“违反善良风俗的法律行为亦无效”。这些规定不仅适用于合同，也适用于合同以外的其他法律行为。



上述善良风俗和公共秩序是属于道德伦理和政治的范畴,是具有强烈的阶级内容的。在西方国家的审判实践中,何谓违反善良风俗与公共秩序,要由法院根据每起案件的具体情况做出决定,法官有很大的自由裁量权,可以根据不同的情况做出不同的解释,以适应社会经济与政治发展的需要。

2. 英美法对于合同合法性的有关规定

按照英美法的规定,合同违法主要有两种情况:一种是违反成文法的规定;另一种是违反普通法的规定。由于英美国家没有成文的民法典,因此,英美法不像大陆法那样,以法律行为等抽象概念对违法的情况进行高度的概括,而只能根据某些单行法规的规定与判例法所确立的原则,对各种违法的事由做出列举。根据某些英美法学者的分类,在以下三种情况下签订的合同均属于非法。

(1) 违反公共政策

所谓违反公共政策(Contrary to Public Policy),是指损害公众利益,违背某些成文法所规定的政策或目标,或者旨在妨碍公众健康、安全、道德及一般社会福利的合同。公共政策的内涵是十分广泛、灵活的,它随着社会经济与政治环境的变化而改变。特别是在美国,各州之间对公共政策的解释也往往有分歧。这是因为各州的经济利益对其公共政策的形成与发展起重大的作用。因此,在研究违反公共政策的合同时,不仅要分析法院的判决或有关的法规,而且要注意探求隐藏在背后的经济上或政治上的原因。

违反公共政策的合同包括许多种。例如,限制贸易的合同、限制竞争的合同以及限制价格的合同等。在这方面,美国的要求是非常严格的。按照美国反托拉斯法(Antitrust Law)的规定,这些合同都是违反反托拉斯法的,不仅合同无效,而且有关当事人还要负责赔偿巨额的经济损失,情节严重者,还要负刑事责任。还有冒充公职与妨碍司法的合同也是违反公共政策的,如贿赂公职人员或出钱、出力帮助他人进行诉讼,旨在胜诉后分享利益的合同。

(2) 违背道德

由于各国对道德标准的解释不同,因而对于合同是否因其违背道德而无效也有不同的观点。例如,对于律师费用问题,德国最高法院判例认为,以胜诉作为支付律师费用的条件,或者根据胜诉判决获得金额的百分比计付律师费用的合同都是不道德的,因而是无效的。法国、瑞士、意大利与奥地利等国家也持同样的态度。但是美国正好相反,根据美国的法律规定,当事人与律师约定根据胜诉后获得的金额的百分比计付律师费用是正常的做法,是完全有效的。只有约定由律师负担诉讼费用,或者由律师允诺赔偿当事人败诉的开支的合同才是不道德的。其理由是,律师无权挑动当事人为律师自身的利益进行诉讼。



违背道德的合同

违背道德的合同（Immoral Contract）是指那些违反社会公认的道德标准，如果法院予以承认将会引起正常人愤慨的合同。例如，对家庭婚姻生活造成不良的影响，或者导致人们忽视夫妻义务的合同。英国判例认为，允诺以支付妻子的生活费用作为她同意离婚的交换条件的合同也是不道德的合同。

（3）违反法律规定

违法的合同（Illegal Contract）包括的范围很广，例如，差使他人做犯罪行为、以诈骗为目的的合同、与敌人进行贸易的合同以及赌博合同等，都是违反法律规定的合同，因而是无效合同。此外，凡是法律要求必须有执照（License）才能开业的专业人员，例如，医师、律师、药剂师与设计师等，如果没有执照即擅行与别人订立合同，从事业务活动，这种合同也是违法的。

凡是违法或不道德的合同都是无效的，即既不产生权利，也不产生义务。当事人既不能要求履行合同，也不能要求赔偿损失。法院原则上也不允许以无效的合同提起诉讼。至于一方当事人根据这类合同所取得的利益是否应该返还的问题，这是一个比较复杂的问题。英美法认为，违法合同的一方当事人不能因对方违反这种合同而要求赔偿损失，如果一方当事人已经履行了合同，例如，已经把财产或货物交给了对方，原则上也不能要求对方退回。虽然其结果会使一方得到不应得的利益，但是法院一般也不予以纠正，其目的是阻止这种非法的交易。但是也有例外，如果一方因为受骗、被威胁或受到经济上的压力而订立了违法的合同，对其已履行的部分，可以要求对方返还。大陆法认为，这个问题属于“不当得利”的问题，一般都在民法典中对此做出规定。例如，《德国民法典》第 817 条规定，如果给付的目的在于使受益人因受领给付而违反法律禁止或善良风俗者，受益人应负返还的义务。但是给付人对于此项违反亦应负同样责任者，不得请求返还。

3.2.8 合意的真实性

合同应该是双方当事人意思表示一致的结果，如果合同所记载的内容与当事人的内在意思表示不一致，则就出现了合意的不真实。影响合意真实性的主要因素有错误（Mistake）、欺诈（Fraud）或胁迫（Duress）等。由于这些因素的存在，即使双方当事人在表面上达成了协议，但是其合意是不真实的，合同的效力应该受到影响。对于这种类合同应当如何处理，是合同法上的一个十分重要的问题。

1. 错误因素导致的合意不真实

各国法律对因表意错误而导致合意不真实的合同的处理主要基于两种考虑，一种是基



于交易安全的保障,主要是指并不是任何意思表示的错误,都足以使表意人主张合同无效或撤销合同,如果是这样的话,交易安全就缺乏必要的保障;另一种是基于当事人承担义务的合理性,主要是指在某些情况下,允许做出错误的意思表示的一方主张合同无效或要求撤销合同,这是为了避免某些非故意错误的意思表示的当事人不至于承担过重的义务。在具体的形式上,各国法律有不同的规定与要求。

(1) 大陆法国家的法律规定

《法国民法典》第1110条规定,“错误只有在涉及合同标的物的本质时,才构成无效的原因。如果错误仅涉及当事人一方愿意与之订约的另一方当事人时,不能成为无效的原因;但是另一方当事人本身被认为是订立合同的主要原因者,不在此限”。据此,有两种错误都可以构成合同无效的原因:一种是标的物“本质”错误。法国的法官与法学学者对何谓“本质”错误往往做广泛和灵活的解释,有时把“本质”说成是“基本品质”(Substantial Qualities)、“决定性的考虑”或“买方非此不买的品质”(the Quality Without Which the Buyer Would Not Have Bought)等。例如,买方以为他所买的是路易十五的衣柜而出了较高的价钱,但是后来却发现并非路易十五的古物,这种错误属于标的物“本质”错误,他可以依法主张合同无效。在衡量是否属于“本质”错误的标准上,法国法院采用的是主观标准,即探求当事人在出售或购买某个标的物时把“决定性的考虑”集中在标的物的某一品质上来确定。另一种是合同对方当事人认定错误。根据法国法,如果对订约对象的考虑是订立该合同的主要原因,而在订约时错认了订约对象,这种错误可以作为合同无效的原因。例如,承包合同、雇用合同或借贷合同等,在这些合同中,对方当事人的身份、能力、技能与品格对当事人决定是否与其订立合同具有重要的意义。法国法认为,在大多数情况下,与什么人订立合同往往是无关紧要的,一个人或一家公司可以与任何人订立合同,如果仅仅是在认定订立合同的对象上产生错误,不能构成合同无效的原因,只有当对方当事人本身具有特别重要意义时,错误才构成合同无效的原因。此外,法国法认为,动机上的错误原则上不能构成合同无效的原因。

在对有错误表意的合同的规定上,德国法与法国法有较大区别。德国法不采用合同标的物的性质错误与认定合同当事人的错误,而是强调意思表示“内容”的错误,不管该内容是涉及合同的标的物的本质、合同的对方当事人还是意思表示的动机。《德国民法典》第119条规定:“表意人所做的意思表示的内容有误时,或表意人根本无意为此种内容的意思表示者,如可以认为,表意人若知其情事并合理地考虑其情况而不会做此项意思表示时,表意人可撤销其意思表示。”“关于人的资格或物的性质的错误,如交易上认为重要者,视为意思表示内容的错误。”在是否构成错误的认定标准上,德国法与法国法不同。德国法采取的是客观标准,即以该项性质的错误在交易上是否认为重要为条件。据此,下列两种错误都可以产生撤销合同的后果:一种是关于意思表示内容的错误,即表意人在订约时是在错误的影响下做出意思表示的。例如一方表示愿与对方订约,但这是由于他搞错了对方是



谁以及对方具有的特长。对方也知道这项意思表示，他之所以知道这点，是因为表意人在意思表示中表达了这项用意。另一种关于意思表示形式上的错误，如把美元误写作英镑。法院在考虑上述两种错误是否足以撤销合同时，对于第一种情形，法院将探索受错误影响的一方是否得到了他真正想得到的东西而定；对于第二种情形，法院将探索表意人究竟想得到什么东西而定。

（2）英美法国家的法律规定

按照英国的判例，错误分为单方错误与双方（共同）错误。英国普通法认为，订约当事人单方错误，原则上不能影响合同的有效性，只有当该项错误导致当事人之间根本没有达成真正的协议，或者虽然已经达成协议，但是双方当事人在合同的某些重大问题上（Vital Matters）都存在同样的错误时，才能使合同无效。根据普通法，错误会导致合同自始无效；而根据衡平法，错误通常只是导致一方撤销合同。

以下均为从英国单方错误判例中得出的原则规定，都不能使合同无效：

1）一方当事人意思表示的错误。例如，一方当事人在计算价格时发生错误。

2）一方在判断上发生差错。例如，某人认为某物能值2万英镑，但是实际上只值8000英镑。

3）一方当事人对自身的履约能力估计错误。例如，建筑商甲同意为乙建造厂房，合同约定于8月1日竣工，实际上延期至10月1日才完工。

4）在凭说明的买卖中，对说明的含义的理解发生错误。

但是，如果某项错误导致双方当事人之间根本没有达成真正的协议，则可以使合同无效，这主要包括：

1）在合同性质上发生错误。例如，把借贷误当作捐赠。

2）在认定当事人上发生错误，但是当事人必须是订立合同的要件，而且对方也明知有此种误会时，才可以使合同无效。

3）在认定合同的标的物时，双方当事人都存在错误。例如，甲打算购买的是黑颜色车，乙打算出售的则是白颜色车。

4）在合同的标的物存在与否或在合同的重大问题上，双方当事人发生共同的错误。例如，在订立合同时，双方当事人以为合同标的物是存在的，但是实际上已经灭失，在这种情况下，合同不能成立。

5）允诺一方已经知道对方有所误会，在这种情况下，对方可以主张合同无效。

在错误合意的处理上，英国法与大陆法在两个方面上有较大的区别：一方面是英国法的要求比大陆法更加严格。通常情况下，对于单方面错误，英国普通法不允许当事人主张合同无效。另一方面是因错误而引起的合意后果处理上有区别。大陆法对法律认定的错误主张合同无效（法国法），或者主张撤销合同（德国法）；而英国普通法与衡平法却采取不同的原则，如依普通法，则错误可以导致合同无效，而依衡平法，则可以撤销合同。



美国法对错误的规定与英国法基本相同,认为单方面的错误原则上不能要求撤销合同;双方当事人的共同错误,亦仅在该项错误涉及合同的重要条款,认定合同当事人或合同标的物的存在、性质、数量等重大事项时,才可以主张合同无效或者要求撤销合同。美国法院在审理涉及错误的案件时,往往考虑各方面的情况。例如,误会一方的错误的轻微程度,对方是否应注意到误会一方的错误,对方由于信赖误会一方的允诺已采取了什么行动,以及有无恢复原状的可能等。美国法院在判决时,宁愿让有错误的一方承受因其错误所造成的后果,而不把损失转嫁给对方。如果法院认为,对方由于信赖合同已有效成立而积极准备履约,从而改变了他的地位,以致难以恢复原状或不可能恢复原状时,有错误的一方就不能撤销合同。

2. 欺诈因素导致的合意不真实

欺诈是指以使他人发生错误而为自己谋取好处为目的的故意行为。各国法律都认为,凡是因受欺诈而订立合同时,蒙受欺骗的一方可以撤销合同或主张合同无效。

《法国民法典》第 1116 条的规定:“如当事人一方不实行诈欺手段,他方当事人决不签订合同者,此种诈欺构成合同无效的原因。”也就是说,诈欺的结果将导致合同无效。

《德国民法典》第 123 条的规定:“因被诈欺或被不法胁迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。”按照这条规定,诈欺的结果是导致撤销合同。

英美法把欺诈称为“欺骗性的不正确说明”(Fraudulent Misrepresentation)。“不正确说明”(Misrepresentation)是英美法的术语,是指一方在订立合同之前,为了诱使对方订立合同而对重要事实所做的一种虚假的说明。它既不同于一般商业上的吹嘘(Puffing),也不同于普通的表示意见或看法(Opinion)。1976 年《英国不正确说明法》(Misrepresentation Act)把不正确说明分为两种:一种叫作“非故意的不正确说明”(Innocent Misrepresentation);另一种叫作“欺骗性的不正确说明”。按照英国法的解释,如果做出不正确说明的人是出于诚实地相信确有其事而做出的,则属于“非故意的不正确说明”;如果做出不正确说明的人是在明知确无其事情况下而做出的,则属于“欺骗性的不正确说明”。英国法律对于欺骗性的不正确说明在处理上是相当严厉的,蒙受诈欺的一方可以要求赔偿损失,并可以撤销合同或拒绝履行其合同义务。对于非故意的不正确说明,英国法区别两种情况:一种是非故意但有疏忽(Negligence)的不正确说明。在这种情况下,蒙受欺骗的一方有权请求损害赔偿,并可以撤销合同。但是法官或仲裁员有自由裁量权,他们可以裁定合同仍然存在,并裁定以损害赔偿代替撤销合同;另一种是非故意且无疏忽的不正确说明。在这种情况下,受欺骗的一方可以撤销合同,但是法官或仲裁员同样具有自由裁量权,他们可以宣布维持原合同并裁定以损害赔偿代替撤销合同,这与上一种情况不同的是,蒙受欺骗的一方无权主动要求损害赔偿,而只能由法官或仲裁员根据具体的情况酌定是否可以损害赔偿代替撤销合同。英国法还明确规定,无论在什么情况下,做出不正确说明的一方则不能以其自身的错误行为作为撕毁合同的借口,而只能由受欺骗的一方要求撤销合同。



在有些情况下，对某种事实保持沉默（Silence）也可以导致对对方当事人的误导，这种保持沉默是否足以构成欺诈的问题，各国的法律规定存在一定差异。

德国法与法国法规定比较相似。德国判例认为，只有当一方当事人负有对某种事实提出说明的义务时，不做这种说明才构成欺诈。如果没有此种义务，则不能仅因沉默而构成欺诈。至于当事人是否有此义务，应根据合同的具体情况决定。以买卖合同为例，在磋商交易过程中，当事人是没有提供商品市场价格义务的，因此，没有对此提供说明，不能认为是欺诈。但对于买卖标的物的情况，因其与对方决定是否订约有关，卖方必须予以披露，如明知披露实情买方就不会订约，因而采取沉默的办法隐瞒实情，这就构成欺诈。

英国普通法认为，单纯沉默原则上不能构成不正确说明。因为一般而言，合同当事人没有义务把各项事实向对方披露，即使他知道对方忽略了某种重要事实，或者他认为对方可能有某种误会，他也没有义务向对方说明。但是，在某些情况下，英国法也认为当事人负有披露实情的义务，这主要有以下两种。

1) 如果在交易磋商中，一方当事人对某种事实所作的说明原来是真实的，但后来在签订合同之前发现此项事实因情势变迁已发生变化，使原来的说明变得与现在事实不符。在这种情况下，即使对方没有提出询问，该当事人也负有向对方改正其原来说明的义务。

2) 凡属诚信（Good Faith）合同，例如，保险合同、公司分派股票的合同与处理家庭财产的合同等，由于往往只有一方当事人了解全部事实真相，所以，该当事人有义务向对方披露真情，否则即构成不正确说明。

此外，对于欺诈行为的实施主体是第三人时，受欺诈的一方是否能撤销合同的问题，一般认为，只有对方当事人知道或应该知道有欺诈情况，或者该欺诈行为应归责于对方当事人时，受欺诈的一方才可以撤销合同。德国、瑞士与英美法都基本采用这项规则。

3. 胁迫因素导致的合意不真实

胁迫是指以暴力、威胁等手段使当事人发生恐怖，从而以为自己谋取好处为目的的一种故意行为。在受胁迫的情况下，当事人不能自由表达意思，所做的意思表示也是不真实的，不能产生法律上的意思表示的效果。各国的法律都一致认为，凡是在胁迫之下订立的合同，受胁迫的一方可以主张合同无效或撤销合同。

《法国民法典》第 1111 条则明确规定，对订立合同承担义务的人进行胁迫，是构成无效的原因。《德国民法典》第 138 条规定，因被胁迫而为意思表示者，表意人得撤销其意思表示；但是如果法律行为系乘他人穷困、无经验、缺乏判断能力或意志薄弱，使其为对自己或第三人的给付做财产上的利益的约定法律行为担保，而此种财产上的利益比之于给付，显然为不相称者，该法律行为无效。高利贷就是其中的典型例子。

英美普通法认为，胁迫是指对人身施加威吓或施加暴力或监禁。英美法除普通法上的胁迫外，在衡平法中还有所谓“不正当影响”（Undue Influence）的概念。现在，这两个概念已经合而为一了。“不正当影响”主要适用于滥用特殊关系，以订立合同为手段，从中谋



取利益的场合,例如,父母与子女、律师与当事人、受信托人与受益人、监护人与未成年人以及医生与患者之间所订立的合同。如果这类合同有不公正的地方,就可以推定为有“不正当影响”,蒙受不利的一方可以撤销合同。至于以揭发一方的犯罪行为进行要挟,亦构成胁迫,但是如果以对对方提起民事诉讼为要挟,则一般不能认为是胁迫。根据英美法,受胁迫者不仅包括订约当事人本人,而且还包括该当事人的丈夫、妻子或近亲;如果对后者施加威胁,迫使当事人不得不同意订立合同,则也构成胁迫,当事人可以撤销合同。

对于胁迫由第三人施行的行为,各国法律的处理略有不同。法国、意大利与西班牙等国的法律与德国法律规定类似。德国法认为,胁迫较欺诈更加严重,应当让受胁迫者更容易地从合同的约束中解脱出来。如果胁迫是由第三者所为,即使合同的相对人不知情,受胁迫的一方也有权撤销合同。但英美法则把第三人所做的胁迫与第三人所做的欺诈同样看待。也就是说,对于来自第三人的胁迫,只有合同的相对人知道有胁迫情事时,受胁迫的一方才能撤销合同。

3.3 合同的解释与履行

3.3.1 合同的解释

合同的解释是指在当事人订立的合同中所载内容由于语言与文字不能充分表示他们所要表达的意思,或存在考虑不周到的事项,并由此发生争议的情况下,如果双方当事人诉至法院,就要由法院对合同进行解释(Construction),借以确定双方当事人的权利与义务。

1. 解释合同的方法与原则

对于合同的解释,主要有两种基本原则:一种是“意思说”(Will Theory),强调探求表意人的真实意思(Intention or Will),而不拘泥于文字。它是以当事人意思自主原则为根据,认为当事人的内在意思是产生、变更与消灭他们之间的权利与义务关系的根本因素,是法律行为的核心,应当把“意思”放在第一位,而把“表示”放在从属的地位。另一种是“表示说”(Declaration Theory),强调外部现象,以当事人表示出来的意思(Expression or Declaration)为依据。它是以维护法律秩序为出发点,认为当事人的内心意思非他人所能得知,只有表示出来的意思才能作为解释他们的合同的根据。各国法律在合同的解释上均有相应的规定。

(1) 法国法关于合同解释的规定

法国法在解释合同时采用“意思说”原则,强调探求当事人的真意。《法国民法典》规定:“解释合同时,应寻求订约当事人的共同意思,而不拘泥于文字。”如果一项条款可能做两种解释时,就应舍弃无效的解释而做有效的解释,文字在可能做两种解释时,应采用最适合合同目的的解释,有歧义的文字应根据订约地的习惯进行解释;凡是习惯上的条款,虽然未载明于合同,但是解释合同时亦可以作为补充;合同的全部条款可以互相解释,以



便确定每项条款在整个合同中的含义。此外，《法国民法典》还规定，如果合同有疑义时，应做不利于债权人而有利于债务人的解释；在买卖合同中，应做不利于卖方的解释。法国法虽然采用“意思说”，但是在某些情况下也受“表示说”的影响。例如，当意思与表示不一致时，如订约对方因信赖表意人的表示而蒙受损失，则表意人应负损害赔偿的责任。

（2）德国法关于合同解释的规定

《德国民法典》第133条规定：“解释意思表示，应探求其真意，不得拘泥于文字。”第157条规定：“合同应按照诚实信用原则及一般交易上的习惯进行解释。”前者强调的是当事人的主观意思，后者则强调客观标准。德国最高法院认为，当合同有漏洞需要补充时，法官并不是补充当事人的意思，而是补充合同。法官应适用诚实信用的原则及一般交易上的习惯补充当事人在订立合同时所未预料到的事项。德国法与法国法都认为，如果相对人因为信赖表意人的意思表示而采取了行动，则应受到法律上的保护，在这种情况下，就不应适用第133条关于探求真意的规定，否则会使相对人蒙受损失。这表明德国法既规定探求当事人的真意，又强调法官应补充合同而不是当事人的意思，而实际上更倾向于强调客观标准。德国的法学者在解释《德国民法典》时，也是有时强调“意思说”，有时强调“表示说”。

（3）英美法对合同解释的规定

英美法在解释合同时采用“表示说”，强调合同的文辞而不是去探求当事人的主观意思。英国的著名法学家切沙尔指出：“不是从当事人心里想什么，而是从他们说了些什么，写了些什么衡量当事人……英国法院的任务不是探求捉摸不定的思想活动，而是在实际经验许可的范围内，保证老实人的合理期望不致落空。”美国一位著名的法官也说过：“法院按合同的文辞执行合同，至于当事人是否确实如此解释，则丝毫不予考虑。”美国《合同法重述》第20条的注解强调：“法律所要求的不是相互间的合意，而是这种合意的外部表示。”据此可知，英国和美国法院在解释合同时，主要是以合同所记载的文字为依据，只有在没有办法解决问题时，才考虑其他有关情况。

关于在合同成立前与合同成立时的口头协议是否能改变书面合同的内容的问题，英美法坚持“表示说”的原则，认为在订有书面合同的情况下，当事人应该把一切事项订入合同，法院原则上不接受证言，这在英美法中称为“证言规则”（Parol Evidence Rule）。根据这项规则，不允许当事人以口头协议改变书面合同的内容。但在执行这项规则时也有一些例外的情况，如有下列情况，法院可以允许当事人提出口头证据：

1) 涉及书面合同的有效性的问题，例如，欺诈、缺乏对价、错误、非法、胁迫或违反公共政策等，当事人可以提出与书面合同不同的口头证据，用以证明该项书面合同并没有有效成立。

2) 涉及书面合同生效的前提条件。如果当事人之间曾约定在书面合同生效前必须履行某种前提条件，则可以允许当事人以口头证据证明由于该前提条件未履行，所以，在当事人之间根本不存在合同。



3) 在书面合同订立以后,可以用口头协议更改,但是该口头协议必须有对价,而且不能违反欺诈法的相关规定。

4) 如果书面合同的文字有含混不清之处或遗漏,也允许当事人提出口头证据予以解释,但是口头证据不得与书面合同的条款相抵触,而且在司法实践中,英国法院和美国法院不轻易做出接受口头证据的决定。

在这个问题上,《美国统一商法典》也有一些例外的规定。例如,该法典第 2~202 条规定:对于作为他们的协议的最后的书面文件,当事人不得提出在订立该协议之前或与此同时订立的、与书面文件相抵触的口头协议作为证据。但是可以用交易的过程、行业的惯例或履约的过程解释或补充,也可以用与书面文件一致的补充条款解释或补充,但如果法院认为该项书面文件是当事人把它作为他们的协议的完整的、唯一的文件时除外。

大陆法也有类似的规则,但在掌握上没有英美法那样严格。《法国民法典》第 1341 条关于人证的问题规定:凡超过一定金额的合同,均须在公证人前做成证书,或者由双方签名做成私证书。证书做成后,当事人不得主张与证书内容不同而以人证证明,也不能主张在证书做成之时或之前或其后有所声明的事项而以证人证明。但这条规定不适用于商事合同。其次,法国法院接受并听取证言,如一方因为受骗而订立书面合同,则可以用证言作为证据;当合同条款晦涩或含混不清时,也可以用证言证明。

在德国法中,书面合同的证据力更弱。当事人订立的书面协议,在法律上只起到推定该合同文件正确、完整的作用,当事人可以采用其他证据证明除书面合同外还有与此并存的协议,从而可以改变书面合同文件的内容。

2. 关于对共同条件的解释

为了方便交易,许多大企业在进行交易时,往往事先印就了一套文件,具体规定了交易双方的权利与义务,而不与交易对方逐项商订合同的条款,如果对方同意并签字,合同即告成立。这种文件称为共同条件(General Condition)或一般交易条件,也有人称为附和合同(Contract of Adhesion)或标准合同(Standard Contract)。尽管标准合同或附和合同有其方便和快捷等优越性,但也存在诸多弊端,主要是标准合同或附和合同违背了契约自由的原则,把协商这一订约基础排除殆尽,使得意思表示难以做到真实,相对方的利益难以保护。这种合同的条款大都是偏重于保护合同起草人的利益的。因此,这种合同往往是在交易双方不平等的谈判地位的基础上订立的,而且对方当事人只能选择照此签订合同或不签订合同(Take-it-or-Leave-it),即使相对方认为这种合同“显失公平”,但是也不能讨价还价、修改合同条款。这种共同条件或附和合同带来两个方面的法律问题:一是非协商的条件能否成为合同组成部分,在什么情况下能成为合同内容的一部分。二是合同的条款“显失公平”而使对方当事人承担了不合理的义务,法官能否以“违反诚实信用”或违反公共秩序等理由裁决该项合同或其中某些条款无效。以下是各国法律的基本规定。



（1）德国法对共同条件的规定

按照德国法，空运、保险与储蓄、银行等行业拟订的共同条件必须经过有关政府行政部门的批准。其他行业所拟订的共同条件，则由法院进行监督与解释。德国法院认为，当事人应当知道这类合同只能根据通行的共同条件签订，因此，一般承认共同条件是合同组成部分，并认为当事人应当受共同条件的约束。在对共同条件的解释时，往往做不利于制定该条件的一方当事人的解释，即采用所谓“含糊条款解释规则”。例如，对限制企业责任的条款，应做狭义的解释；如果某项条款有几种不同的意义时，就应做对制定该条款的企业最为不利的解释等。《德国民法典》第138条规定：违反善良风俗的法律行为，以及一方乘对方的窘迫、轻率或无经验，因而造成的显失平衡的法律行为，都是无效的。这些原则同样适用于共同条件。但是，在第二次世界大战后，德国法院更多地援引《德国民法典》第242条关于债务人必须根据诚实信用，并照顾交易惯例、履行其给付的规定，作为衡量共同条件是否有效的理由。德国1977年4月的《关于共同条款的法案》第9条规定：凡共同条件不能根据诚意原则妥善安排双方当事人的利益的，一律无效。

（2）法国法对共同条件的规定

法国法院认为，如果对方当事人知道有共同条件存在，或者只要加以注意就能知道其内容，则该共同条件就成为合同的组成部分。例如，购买车票、船票与飞机票的旅客，应被认为接受了客票上印就的共同条件，因为他应当知道在客票上一定会印有限制承运人责任的条款。但是法国法院认为，当事人不能在合同中免除严重过失的责任，并认为有关侵权行为的法律规定是强制性的，共同条件不得违反这些规定，否则合同无效。法国判例认为，当法院对某项条件因违反公共秩序予以撤销时，并不影响其余正常条款的效力，其余的合同条款仍然有效。对于被撤销的条款，法院一般用解释当事人意思的任意性法律填补。

（3）英国法对于共同条件解释的规定

自20世纪60年代以来，英国开始加强这方面的立法。例如，1960年制定了《英国公路运输法》，对有些免责条款做了规定：在公共承运人（Common Carrier）免除其对旅客人身伤害、死亡的责任的免责条款是无效的；1973年制定了《英国货物供应默示条款法》，对消费合同中的某些限制行为做了规定：在消费性合同中，限制对货物的瑕疵提出请求救济的权利的条款应属无效。英国法院对共同条件的审查主要集中于其中的免责条款。英国法院认为，凡是根本违约（Fundamental Breach）的一方当事人，即基本上没有履行合同义务，不得援引免责条款免除自己的责任。至于共同条件能否成为合同的组成部分，英国法院认为，如果共同条件已经写进合同文本中，就可以成为合同的组成部分，对方在某些情况下没有看过这些条款，或者这些条款是以小字体印刷，都是不重要的。如果共同条件没有写进合同文本中，则必须采取必要的措施，使订约对方注意这些共同条件，只有这样，才能成为合同的组成部分。如何使对方注意这些共同条件，这是一个客观标准，即以一个“通情达理的人”所应当知道为原则。在英国的司法实践中，这个“客观标准”主要由法官



根据具体情况裁定。

（4）美国法对于共同条件解释的规定

对于共同条件，美国的法律和判例都强调，纳入合同的条款必须清楚地载明于合同的书面文件中，并强调用小字体印刷的条款必须使人容易看得清楚。对于某些重要的条款，特别是免责条款，必须“引人注目”（Conspicuous）。《美国统一商法典》规定所谓“引人注目”或“醒目”，主要是指书写或印刷的文字必须能引起对方的注意，如使用大写字母、大号字、斜体字或套印彩色字等。在对共同条件能否成为合同的组成部分的问题上，美国法要求比英国法更加严格。在美国，凡是在旅客不注意而接受的车票与行李票上记载的免责条款几乎都是无效的。

对于违反公共政策或“显失公平”（Unconscionable）的共同条件，美国法院认为，这些共同条件都是无效的。这项标准主要适用于如电话电报公司、仓储公司、机场、托运公司与医院等私营的公用事业企业。根据美国法，这些企业不得拒绝别人与之订立合同，也不得免除其因疏忽引起的责任。

《美国统一商法典》第二篇第 2-302 条规定，如果法院认定某项合同或合同中的某项条款在订立该合同时是不公正的，则法院可以拒绝执行该项合同，或者只执行其中并无不公正的部分，或者限制不公正条款的适用，以便防止产生不公正的结果。根据这条规定，法官有权不执行他认为是“显失公平”的合同或合同中的某些条款。因此，当双方当事人处在不平等的谈判地位订立了某项合同，特别是附和合同或标准合同时，如果双方当事人处在不平等的谈判地位便会有不同的结果，则法院往往会宣告该项合同违反公共政策，或者根据《美国统一商法典》关于“显失公平”的规定，宣告该项合同或合同条款无效。例如，汽车的买主因方向盘失灵受伤，向法院提出损害赔偿的要求。而根据双方签订的合同，卖方的责任仅限于替换有缺陷的商品或零件，但是法院仍然判决汽车制造厂与经销商赔偿买方因人身伤害造成的损失，理由是合同的免责条款不公正，消费者在市场上是处于不平等的讨价还价地位，因此，这种免责条款是无效的。

（5）中国法的相关规定

中国《合同法》在标准合同的问题上还没有直接的规定，其相关规定主要来自对免责条款和显失公平的合同的规定。《合同法》第 53 条规定，造成对方人身伤害的，因故意或者重大过失造成对方财产损失中的免责条款无效。中国《合同法》第 54 条规定：“一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”司法的保障途径主要是赋予法官一定的自由裁量权，对违背公平合理与诚实信用原则，明显于一方当事人不利的标准合同或附和合同（尤其是合同中的霸王条款），得依职权撤销之。目前在中国的保险、购房、贷款、医疗与公用事业等行业中已大量使用标准合同（或附和合同）。“显失公平”原则是保护处于不利地位的合同当事人利益的重要法律原则，对于防止或纠正标准合同中不利于对方当



事人的条款，保护消费者的权益，具有重要作用。

3.3.2 合同的履行

各国的法律认为，当事人在订立合同之后，都有履行合同的义务。合同的履行，是指合同当事人实施合同内容的行为。例如，在买卖合同中，卖方应按合同规定的时间、地点与质量交货，买方应按合同规定的时间、方式支付货款和受领货物等，这些都属于履行合同的行为。如果当事人违反应履行合同的义务，各国法律都有相应的规定，根据不同的情况，要求其承担相应的法律责任。

1. 大陆法国家关于债的履行的规定

大陆法国家一般没有专门的合同法，关于合同的履行义务，主要是借助于债的履行义务的规定来实行。《法国民法典》第 1147 条规定：如果债务人不能证明其不履行债务是由于不应归其个人负责的外来原因时，即使其个人并无恶意，对于其不履行或延迟履行债务，债务人应支付损害赔偿。《德国民法典》也明确地规定，债权人根据债务关系，有向债务人请求给付的权利。这里所谓的给付，就是指履行合同的义务。给付可以是作为义务，也可以是不作为义务，前者要求债务人必须做某种行为，如买卖合同中卖方的交货义务和买方的付款义务都属于作为义务；后者要求债务人不做某种行为，如在包销协议中要求包销商不得经营有竞争性的商品，这就是所谓的不作为义务。

德国法还确立了合同履行中的“诚实信用”原则。如果违反了该项原则，债权人可以根据情况请求损害赔偿或解除合同。《德国民法典》第 242 条规定：“债务人须依诚实与信用，并照顾交易惯例，履行其给付。”所谓“诚实信用”，是指自罗马法以来西方各国国民商法所沿袭的一项基本原则。它是一个抽象的法律概念，极富弹性，可以由各国的法学家和法官们根据具体的情况做出不同的解释。有人认为，这是指人们可以期待的交易上的道德基础；也有人认为，这是就双方当事人的利益，就其公平合理而言。例如，关于交货的时间与地点，如果合同已有明确的规定，债务人就应当根据合同规定的时间与地点履行合同，如果债务人打算提前交货，就应当事先通知债权人，否则突然提交大批货物，使得债权人无从准备仓栈，不能及时提货，这就有悖于“诚实信用”原则，债权人可以不负受领延迟的责任。又如，合同只规定债务人提交某种种类物时，按照“诚实信用”原则，债务人没有义务交付上等品质的货物，但也不得交付劣等品质的货物，只需交付中等品质的货物即可。

2. 英美法国家关于合同履行的规定

英美法认为，当事人在订立合同之后，必须严格根据合同的条款履行合同。根据英美的法律与判例，如果合同中规定了履约的时间，而时间又是该合同的要件时，当事人就必须在规定的时间内履行合同，否则债权人有权解除合同并要求损害赔偿。至于时间是不是合同的要件，应视合同中是否做出这种规定，或根据合同的情况看当事人是否确有此种意图而定。一般而言，在商务合同中，如果对履约时间做出了具体的规定，则该时间应当被



认为是合同的要件。因为在商业交易中,市场行情变化不定,履约时间对当事人来说是一个重要的因素,如果一方不按时履约,就构成违约,对方有权解除合同并可以请求损害赔偿。但是,合同中关于付款时间的规定,除当事人另有约定外,一般不认为是合同的要件,因为相对而言,付款时间不像交货时间那样重要。因此,如果一方当事人没有按时付款,则对方一般不能要求解除合同,而只能要求偿付利息或汇率变动的损失。当然,如果双方当事人合同中明确地规定付款时间是该合同的要件,就另当别论。此外,如果双方当事人在合同中对履约时间没有做出规定,则可以解释为应在合理的时间内履行。至于什么是合理的时间,这是一个事实问题,必须由法院根据具体的案情做出决定。

依照英美法,在履行合同的过程中,有一个重要的步骤叫作“提供”(Tender)。提供包括提供货物或其他财产,也包括提供应支付的款项。但是在提供应支付的款项时,其情况与提供货物略有不同。如果债权人拒绝接受提供的款项,则不能解除债务人的债务,但是可以产生以下三种重要的法律后果:① 如果该项债务有担保利益,例如,以抵押作为该项债务的担保等,则自债权人拒绝适当提供给他的款项时起,该项担保利益即告消灭;② 该项债务的利息亦自债务人提供款项之日起停止计算;③ 如果债权人日后就该项债务提起诉讼,且不能取得高于原来提供的金额时,则必须负担诉讼的费用。但是,“提供”必须是无条件的,而且必须与合同规定的时间、地点和履约的方式相一致。



相关链接

提供

“提供”,是指合同当事人旨在履行其合同义务的一种表示。在许多情况下,合同一方当事人在履行其合同的义务时,必须有对方的配合才能完成。例如,卖方在交货时,必须有买方接受货物才能使他完成交货的义务;同样,当买方付款时,也必须有卖方接受其货款才能使买方完成其付款的义务。如果一方拒绝接受对方的提供,对方就无法履行其合同的义务,在这种情况下,如果一方已经根据合同规定提供了自己的履约义务,而被对方拒绝,那么日后如果对方指控其不履行合同,他就有权以自己已经提供过履行作为抗辩的理由。

3.4 合同的违约与救济

3.4.1 违约

违约(Breach of Contract)是指合同当事人由于某种原因完全没有履行其合同的义务,或者没有完全履行其合同义务的行为。例如,在买卖合同成立以后,货物灭失,无法交货;或者货价上涨,卖方拒绝交货;或者卖方没有根据合同规定的时间、地点与质量交货等。在出现违约的情况下,违约当事人对其违约行为应当承担违约责任,除非出现不可抗力等



例外事故。

在判定当事人的行为是否构成违约的问题上，英美法与大陆法存在较大的差异，主要表现在过失责任原则和催告原则两个方面。

1. 关于过失责任原则

过失责任原则源于罗马法。罗马债务法有两项责任原则：一项原则叫作过失；另一项原则叫作故意。凡有上述行为致使他人的财产或人身遭受损害者，都必须承担法律责任。故意是一种恶意的行为，它比过失更为严重，行为人在任何时候都要对此承担责任，而且不得在合同中事先排除这种责任。

由于罗马法与大陆法有着密切的渊源，过失责任成为大陆法裁定民事责任的一项基本原则。根据大陆法的这一原则，只有存在可以归责于合同当事人的过失时，该当事人才承担违约的责任。换言之，要想使债务人承担违约的责任，必须证明债务人没有履行其合同的义务，同时还须证明或推定存在可归责于他的过失，二者缺一不可。

德国法认为，构成违约的情况必须有可以归责于该当事人的事由。《德国民法典》第276条规定，债务人除另有规定外，对故意或过失应负责任；债务人基于故意的责任，不得预先免除。《法国民法典》也以过失责任作为民事责任的基本原则。《法国民法典》第1147条规定，凡是不履行合同是由于不能归责于债务人的外来原因造成的，债务人就可以免除损害赔偿的责任。

德国法还区分重大过失与轻微过失。在某些情况下，当事人仅对故意或重大过失负赔偿责任，但是，一般而言，当事人对其轻微过失原则上亦必须承担责任。在个别例外的情况下，即使债务人没有过失，也应负责。例如，在种类物的买卖中，在同种类的给付有可能时，债务人对于其个人的给付不能也应负责的，即使其不能给付并非由于自己的过失也要负责。因为种类物是可以替换的，例如，小麦的买卖，即使债务人地里的小麦因遇天灾歉收，不能交货，但是只要市场上还有同类小麦，他仍然可以向别处购进这种小麦抵补交货，而不能以天灾不是他个人的过失为理由免除交货义务。

与此相反，英美法则认为，只要允诺人没有履行其合同的义务，即使他没有任何过失，也构成违约，必须承担违约的后果。美国《合同法重述》第314条对违约做出了如下定义：“凡是没有正当理由的不履行合同中的全部或部分允诺，构成违约。”英美法不以允诺人有无过失作为构成违约的必要条件。

值得注意的是，英美法与大陆法在认定违约的原则上的差别，并不像表面上看起来那么大。从许多案件的处理结果看，英美法与大陆法在判断是否存在违约的问题上，有着相似的做法。

2. 关于催告原则

催告（Putting in Default）是大陆法的一种承担责任制度，是指债权人向债务人发出的要求其履行合同的一种通知。根据大陆法的解释，催告的作用主要有以下三个方面：




- 从催告之日起, 不履约的风险完全由违约的一方承担;
- 债权人有权就不履行合同请求法律上的救济;
- 从送达催告之日起, 开始计算损害赔偿及其利息。

在合同没有明确规定确定的履行日期的情况下, 债权人必须首先向债务人发出催告, 才能使债务人承担延迟履约的责任。《法国民法典》规定, 债务人的延迟责任, 于接到催告或其他类似证书时成立。《德国民法典》也规定, 债务人于清偿期届满后, 经债权人催告而不为给付者, 自受催告时起负延迟责任。如果合同已经明确地规定了履行的日期, 或者债务人已经明白地表示不打算按期履行合同的义务, 则债权人可以不做上述催告。如果债权人在清偿期届满后, 不向债务人发出催告, 就表示他不打算追究债务人延迟履约的责任。对于催告的方式, 法国法要求比较严格, 规定必须以书面形式做成, 并由法警送达债务人。德国法没有严格的要求, 书面形式或口头形式均可以, 唯一的要求是必须把催告传达给债务人。

英美法中没有催告制度。英美法认为, 如果合同规定了履行期限, 则债务人必须根据合同规定的期限履行合同; 如果合同没有规定履行期限, 则应于合理的期间内履行合同, 否则即构成违约, 债权人无须催告即可请求债务人赔偿由于延迟履约所造成的损失。就这点而言, 英美法对于履行合同的要求比大陆法更加严格。

3.4.2 违约的形式

 **提示** 在违约形式的规定上, 大陆法国家与英美法国家有很大的不同, 对于违约一方所承担的违约责任也有不同的规定。

1. 大陆法国家关于违约形式的规定

《德国民法典》把违约分为给付不能 (Impossibility of Performance) 和给付延迟 (Delay In Performance) 两类。

(1) 给付不能

《德国民法典》认为, 给付不能是指债务人由于某种原因不可能履行其合同义务, 而不是指有可能履行合同而不去履行。给付不能分为自始不能与嗣后不能。自始不能是指合同在成立时就不可能履行。《德国民法典》第 306 条规定, 凡是以不可能履行的东西为合同的标的者, 该合同无效。换言之, 自始不能的合同在法律上是无效的。但是, 如果一方当事人明知或可得而知标的是不可能履行的, 仍然同对方订立合同, 则应对于信任合同有效而蒙受损害的对方当事人负赔偿责任。嗣后不能是指合同在成立时是可能履行的, 之后出现了阻碍合同履行的情况, 从而使得合同不能履行。对于嗣后不能的合同, 区别不同的情况, 有以下不同的处理办法:

① 非因债务人的过失引起的给付不能。《德国民法典》第 275 条规定: “在债务关系发



生后，非因债务人的过失而引起给付不能者，债务人得免除给付的义务。”例如，在合同成立后，由于出现了不可抗力事故，以至于合同不可能履行，在这种情况下，债务人可以免除履行合同的义务。

② 由于债务人的过失引起给付不能。《德国民法典》第 275 条规定：“因债务人的过失而引起给付不能者，债务人应对债权人赔偿因不履行所产生的损害。”在给付不能只是部分不能给付时，如果部分给付对债权人无利益，债权人也可以拒绝部分给付而请求全部债务不履行的损害赔偿。

③ 不可归责于任何一方引起的给付不能。根据《德国民法典》第 323 条的规定，因不可归责于双方当事人的事由，合同双方当事人致使自己不能履行应履行的给付，双方均可以免除其义务。

（2）给付延迟

给付延迟是指已届履行期的债务客观上可能给付，但是债务人不能给付的行为。《德国民法典》对于给付延迟区别两种不同的情况：一种情况是债务人没有过失的给付延迟；另一种情况是债务人有过失的给付延迟。根据《德国民法典》的规定，凡在履行期届满后，经债权人催告仍不为给付者，债务人自受催告时起应负延迟责任。但是，非由于债务人的过失而未能给付者，债务人不负延迟责任。《德国民法典》认为，除了合同另有规定外，催告是债权人就履行延迟请求损害赔偿的必要条件。双务合同的一方当事人延迟履行其合同的义务时，对方必须指定一个相当的期限，并表示逾期将拒绝受领给付的意思。如果合同没有在指定的期限内履行，对方在期限届满后可以请求不履行的损害赔偿或解除合同。值得注意的是，《德国民法典》还规定，在延迟中，债务人不但要对一切过失承担责任，而且对因不可抗力而发生的给付不能亦应负责，除非债务人能证明即使没有延迟履约，仍不可避免地要发生损害时，他才能免除责任。



相关链接

《德国民法典》的起草人认为，上述两种违约形式已经把一切违约可能性囊括其中了，不存在任何第三种违约形式。但是早在 20 世纪初，德国著名法学家斯塔伯（Staub）就指出这在实际上是不正确的。他认为《德国民法典》只对债务人由于应做而没做所引起的违约现象做出了规定，而对债务人做了不应做的事情而引起的违约现象没有做出规定。这种情况称为“积极的违约”（Positive Breaches of Contract），其表现形式很多，例如，债务人在履行合同的义务时粗心大意，使债权人受到损害，或者卖方交付有瑕疵的货物，使买方遭受损失；或者债务人在清偿期届满之前已经明确地表示不履行合同等，都属于积极违约。对此，债务人理应赔偿对方因其违约所造成的损失。由于存在这个漏洞，德国法院对积极违约不得不类推适用给付不能与给付延迟的规定，即推定违约的一方有过失，因此应赔偿对方因其违约而造成的损失。



《法国民法典》以不履行债务与延迟履行债务作为违约的主要表现形式。《法国民法典》第 1147 条规定, 债务人对其不履行债务或延迟履行债务应负损害赔偿的责任。对于双务合同, 如果一方当事人不履行其合同的义务, 则对方有权解除合同。但是, 在这种情况下, 合同并非当然解除, 债权人可以做如下选择: ① 如果合同仍然有可能履行, 则其可以要求债务人履行合同; ② 如果合同已经不可能履行, 则其可以请求法院解除合同并要求损害赔偿。法国法与德国法同样承认“不可能时无义务”的原则, 即以不可能履行的事项为标的者, 合同属于无效。例如, 《法国民法典》第 1601 条规定, 在买卖合同中, 如果买卖的标的物在出售时已全部灭失, 买卖合同即归无效。因为在这种情况下, 合同已经不可能履行。但是法国判例对此条的适用做出若干限制, 如果债务人在订立合同时已经知道或应该知道自己所做的允诺是不可能履行时, 那么, 债权人可以侵权为理由请求损害赔偿。

2. 英美法国家关于违约形式的规定

在违约形式的规定上, 英美法与大陆法存在较大差异。英国法把违约主要分为违反条件与违反担保两种形式, 并针对不同的违约形式采用不同的救济办法。

(1) 违反条件 (Breach of Condition)

英国法认为, 合同中条款有些是重要的、根本性的 (Vital or Essential); 有些则是次要的 (Minor)、从属于合同的 (Subsidiary or Collateral) 主要目的的。根据英国法的解释, 前者为“条件”, 后者为“担保”。如果一方当事人违反了合同的“条件”, 对方有权解除合同, 并可以要求赔偿损失。在商务合同中, 关于履约的时间、货物的品质与数量等条款, 都属于合同的“条件”。如果卖方不能按时、按质与按量交货, 买方就有权拒收货物, 并可以请求损害赔偿。但是合同中有关支付时间的规定, 除双方当事人另有约定外, 一般不作为合同的“条件”论处。在一项合同中, 哪些条款能构成“条件”, 哪些不能构成“条件”, 这是一个法律问题而不是事实问题, 应由法官根据合同的内容与当事人的意思做出决定, 不能由陪审团做出决定。

在英美法中, “条件” (Condition) 一词还有另外一种意思。它用来指有些合同的生效以某种不确定的事件发生与否为条件, 即这些事件的发生与否决定合同是否生效。英美法认为这样的条件主要有以下三种。

1) 对流条件 (Concurrent Condition)。对流条件是指一方某项义务的履行与对方某项义务的履行互为条件, 合同的双方当事人须同时履行其各自的义务, 或者至少是每方当事人都同时准备并且愿意履行其各自的义务。例如, 在买卖合同中, 除非另有约定, 卖方的交货义务与买方的付款义务是对流条件, 买卖双方当事人应同时履行各自的义务。买方不得以卖方没有先交货而认为卖方违约, 卖方亦不能以买方没有先付款而认为买方违约。

2) 先决条件 (Condition Precedent)。先决条件是指一方某项义务的履行以对方某项义务的履行, 或以某种事情的发生, 或以经过一定的时间为前提条件。例如, 在有些国际货物买卖合同中, 通常订有买方必须在合同规定的期限内向卖方开立相当于合同金额的不可



撤销的信用证，卖方在收到信用证后若干时间内交货的条款。在这种情况下，买方履行开证义务就是卖方履行交货义务的先决条件。卖方在买方不按时开出信用证的情况下，可以解除交货义务，并可以请求损害赔偿。

3) 后决条件 (Condition Subsequent)。后决条件是指在合同中订有某项事件，如果该事件发生，则履行合同的义务即告消灭。例如，在租船合同中，往往订立了免责条款，如“如遇天灾、国外的敌人、王公和统治者的行为、航行或海上的危险和意外事故等，船方可以免除责任”。在航行途中，如果船舶触礁沉没，那么，船方的履约义务即告终止，船方对此不负违约责任。

在英美法中，“条件”一词还可以用于指合同中所约定的事项。英美法把这种约定事项分为两种：一种是明示条件，是指双方当事人合同中明文规定的条件；另一种是默示条件，是指合同中没有记载的，但是根据法律或根据解释当事人的意思理应包含在合同中的条件。例如，1893年《英国货物买卖法》规定，在凭说明的买卖中，应包含卖方所交的货物必须具有商销品质的默示条件；在凭样品的买卖中，应包含卖方所交的整批货物均必须与样品相符的默示条件。这些都是法律规定的默示条件，即使双方当事人没有把它写进合同中，但是只要双方当事人在合同中没有表示相反的意思，他们的合同即被解释为理应包含这些默示条件，任何一方当事人都不能以合同中对此没有做出明文规定为理由反对这些默示条件适用于他们的合同。

大陆法国家有时也使用“条件”这个术语，并将其分为停止条件与解除条件两种，相当于英美法中的先决条件与后决条件。大陆法中的“条件”是指将来不一定发生的某种不确定的事件，视其发生与否将产生或消灭某些法律效果。停止条件是限制法律行为发生效力的条件，即只有条件成就时，法律行为才能发生效力，如果条件不成就，法律行为就不发生效力。解除条件是限制法律行为效力的消灭条件，即已经发生效力的法律行为，在条件不成就时，继续保持其效力，一旦条件成就，即丧失其效力。

(2) 违反担保

违反担保是指违反合同的次要条款或随附条款。蒙受损害的一方不能因对方违反担保而解除合同，只能向对方请求损害赔偿，这与违反条件的规定是不同的。换言之，当一方违反担保时，对方不能以此为理由拒绝履行其合同的义务，而仍然必须继续履行自己所应承担的合同义务，但是其有权以违反担保为理由请求损害赔偿。担保与条件一样，也有明示担保与默示担保之分。例如，《英国货物买卖法》规定，在买卖合同中，应包含卖方保证买方得以安稳地占有货物，不受任何第三人的干扰的默示担保。即使双方当事人在合同中对此没有明确的规定，但是只要双方当事人没有相反的意思，而且又没有与此相抵触的行业惯例，就应当认为在他们的合同中包含这项默示担保，如果卖方违反了这项默示担保，买方就有权要求赔偿损失。



需要注意的是,英国法律允许违反条件的受损害当事人选择违约处理方式,即他可以选择按照违反条件处理,也可以选择按照违反担保处理。例如,在买卖合同中,货物的品质是合同的“条件”,如果卖方交付的货物的品质不符合合同的规定,这是违反条件的行为,买方本可以拒收货物,拒绝付款,并可以要求赔偿损失;但是,如果买方愿意取得这批货物,他也可以把违反条件作为违反担保处理,即接受这批货物,支付货款,同时还可以就货物品质不符要求赔偿损失。

(3) 违反中间性条款

违反中间性条款(Breach of Intermediate Terms)是在违反条件和违反担保的违约形式基础上发展起来的,是对英国法在违约形式规定上的缺点的完善。根据传统的两分法,如果一方违反条件,不管违约的情节或后果是否严重,守约的一方就有权解除合同。在违约后果仅仅是轻微的损失或根本没有造成损失的情况下,这种处理方法对于违约一方显然也是不适当的。“违反中间性条款(或无名条款)”有别于“违反条件”与“违反担保”条款。当一方违反这类中间性的条款时,对方是否有权解除合同,必须视此种违约的性质及其后果的严重性而定。如果违反这类条款的性质及其后果严重,守约的一方有权解除合同,否则,就不能解除合同。英国法的这一发展是符合客观实际需要的。根据英国法院的一些判例,如果合同中的某些条款遭到违反,但仅仅是轻微的,而且只要采用损害赔偿的办法即可得到弥补,则这种条款就很可能被认为是中间性条款。例如,在租船合同中,船东向承租人提供适航船舶的义务或以适当航速开往装货港的条款,或者船长必须根据承租人的指示行事的条款,都被英国法院认定为中间性条款,除非违反这种条款的后果严重,以致剥夺了承租人根据租船合同本应获得的利益,否则承租人就没有权利解除租船合同。

提示

美国法把合同义务统称为允诺,认为凡是没有履行无条件的允诺者,即构成违约。根据美国法的规定,允诺可以是无条件的,也可以是有条件的。无条件的允诺是绝对的允诺,有条件的允诺必须等待条件出现后才能成为绝对的允诺。

美国法根据违约后果的严重程度把违约分为两类,一类是轻微违约(Minor Breach);另一类是重大违约(Material Breach)。美国现在已经放弃使用“条件”与“担保”这两个概念,但对违约行为所做的这种区分,从法律后果看,与英国法中的违反条件与违反担保基本上是一致的,重大违约与轻微违约分别对应英国法的违反条件与违反担保。

提示

轻微违约是指债务人在履约中存在某些缺陷,但是债权人已经从中得到该项交易的主要利益。

重大违约是指由于债务人没有履行合同或履行合同有缺陷,致使债权人不能得到该



项交易的主要利益。在重大违约的情况下，受损害的一方可以解除合同，即解除自己对合同履行的义务，同时可以要求赔偿全部损失。

（4）预期违约

预期违约是指在合同规定的履行期到来之前，一方当事人就以言辞、文字或行为表示他届时将不履行合同。当一方当事人预期违约时，对方可以解除自己的合同义务，并可以立即要求给予损害赔偿。守约一方也可以拒绝接受对方预期违约的表示，等到合同规定的履行期届满时，再决定采取何种法律上的救济办法，但是，在这种情况下，他就必须承担在这段时间内情况变化的风险。

小资料

船方甲与货方乙订立了一项租船合同，其中规定甲方应把船开到敖德萨港口，并且在若干天内装载一批货物。船到敖德萨港口后，乙方拒绝提供货物装船。当时，装载期限尚未届满，甲方拒绝接受乙方预期违约的表示，继续坚持要求乙方装货。但是过了几天，在装货期限届满以前，英国与俄国爆发了战争，履行合同在法律上已经成为不可能。事后，船方甲以货方乙违反租船合同为理由提起诉讼，要求乙方赔偿损失。英国法院认为，在两国爆发战争之前，装货期限尚未届满，因此，还不存在实际不履行合同的问题，既然船方甲拒绝接受货方乙提前毁约的表示，乙方就有权得到宣战带来的解除合同的好处而不承担责任，因而判决货方乙无赔偿责任。

（5）履行不可能（Impossibility of Performance）

英美法对不可能履行的合同也做了规范，对在订立时即不可能履行的合同与在订立之后，由于发生了阻碍事由而不可能履行的合同，分别做了规定。这两种情况分别相当于大陆法的“自始给付不能”和“嗣后给付不能”。

1) 订立时合同即不可能履行。《英国货物买卖法》第6条规定：“在特定货物买卖合同下，合同成立时货物已灭失而卖方不知情者，合同无效。”根据此项规定，如果在订立合同时，双方当事人以为合同的标的物是存在的，但是实际上该标的物已经灭失，这是双方当事人的“共同错误”，以共同错误为依据的合同是没有约束力的，合同无效。《美国统一商法典》也采用了这一原则。

2) 发生在合同成立后的履行不可能。根据英国判例，合同订立后不可能履行的原则有较大变化。早期判例认为，如果在合同成立以后发生了某种意外事故，使合同不能履行，即使这种意外事故不是由于允诺人的过失造成的，原则上也不能因此免除允诺人的义务，允诺人仍然必须负损害赔偿的责任。英国曾经有一个判例：甲与乙订立租船合同，合同规定乙运载一批木材到某港口，并在规定的期限内卸载完毕。由于在卸货时遇到大风，船方不能按时完成卸货任务。法院判决，船方乙不能以大风为理由免除不能按期卸货的责任。



因为在合同中没有订立免责条款,从而使船方乙在规定的期限内卸货成为一项绝对责任,他应承担由此产生的一切风险。显然,这项原则过于严厉,后来英国判例改变了这一原则,确立了一项所谓默示条款原则(Doctrine of Implied Term)。根据这项原则,英国法院可以认为,在某些情况下,合同当事人的履约义务是有条件的,不是绝对的,这种条件如果在他们的合同中没有明示规定,也可以认为默示地适用于他们的合同。当这种默示条件成就时,当事人可以免除履行的义务。例如,原告甲租用了一个音乐厅作为演出之用,但是在演出之前,音乐厅发生火灾被焚毁。甲向法院起诉,要求赔偿因不能演出而遭受的损失。法院驳回了其请求,其理由是,凡是特定的标的物由于不可归责于当事人的事由灭失,以致履行成为不可能时,当事人应解除履行合同的义务。《英国货物买卖法》也采用了这项原则,其第7条规定:“在出售特定货物的场合,事后非由于卖方或买方的过失,货物在风险转移于买方之前灭失者,合同无效。”

3. 《联合国国际货物销售合同公约》

《联合国国际货物销售合同公约》将违约分为根本违反合同(Fundamental Breach of Contract)与非根本违反合同两种情况。《公约》第25条规定:“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损失,以至于实际上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西,即为根本违反合同,除非违反合同的一方并不预知,而且同样一个通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”根据这一规定,违约人只有在“实际上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西”时才能构成根本违约,这只能根据每起案件的具体情况确定,例如,违反合同所造成的损失金额的大小,或者违反合同对受害一方其他活动的影响程度等。在买卖合同中,如果卖方所交货物在品质或数量方面与合同的规定不符,卖方的这种违约行为是否构成根本违反合同,还需要视此种品质或数量不符的情况是否在实际剥夺了买方根据合同有权期待得到的东西而定。《公约》规定,如果卖方所交货物与合同不符构成根本违反合同时,买方可以:① 要求卖方交付替代的货物;② 撤销合同,并请求赔偿损失。根据该公约的规定,请求损害赔偿是受损害一方的绝对权利,不论违约行为是否构成根本违反合同,即使受损害一方采取了其他救济办法,如要求交付替代货物或撤销合同等,这些都不影响他行使请求损害赔偿的权利。

《公约》对预期违约也做了明确的规定,主要有以下两种情况:一种情况是,在订立合同之后,一方当事人鉴于对方履行合同的能力或信用有严重的缺陷,或者从对方在准备履行合同或履行合同的行为中看出对方显然将不履行其大部分重要的义务时,一方当事人可以中止履行其义务;另一种情况是,如果在履行合同日期之前,显然看出一方当事人将根本违反合同,另一方当事人可以撤销合同。联合国国际贸易法委员会编写的《评注》对“显然”看出对方将会根本违反合同做了解释,认为可以从以下两个方面表现出来:第一,对方的言论或行动已经构成否认合同有效;第二,由于出现了某种客观事实,使对方届时不可能履行合同。例如,卖方的工厂已被烧毁,或者政府实施禁运或外汇管制等。但是,当



事人在撤销合同时，应谨慎行事，如果在到了履行期的时候，原来预计对方显然会发生根本违约的事情实际上没有发生，则撤销合同的一方当事人就会因为自己没有履行合同的义务而构成违约，必须承担由此造成的违约的后果。

3.4.3 违约的救济方法

违约导致他人的利益受到侵害，为保护受侵害人的合法权利，在法律上采取某种方法对受侵害一方给予补偿。这种补偿方法即为违约的救济方法（Remedies for Breach of Contract）。

由于历史文化背景及法律环境的不同，各国法律所确立的救济方法在具体运用上也有所不同。现将各国有关违约的救济办法介绍如下。

1. 实际履行

实际履行（Specific Performance），也称具体履行或依约履行，是一种主要的救济方法。这种救济方法有两层含义：一层是指债权人要求债务人根据合同的规定履行合同；另一层是指债权人向法院提起实际履行之诉，由执行机关运用法律的强制力，使债务人根据合同的规定履行合同。例如，在土地买卖中，如果卖方拒绝交付售出的土地，买方为取得土地可以向法院提起实际履行之诉，要求卖方交付合同规定的土地。如果法院判决买方胜诉，买方即可以根据法院的判决，要求执行机关予以强制执行，令卖方交付已出售的土地。

对于实际履行，各国的法律有具体的规定和要求。

（1）德国法对于实际履行的规定

实际履行是德国法中对不履行合同的一种主要的救济方法，债权人有权要求不履行合同的债务人实际履行合同。《德国民法典》第241条规定：“债权人根据债务关系，有向债务人请求履行债务的权利。”法院在判决实际履行时要看债务人实际履行合同是否可能，只有在债务人可能实际履行合同时，才能做出实际履行的判决。例如，在房地产买卖中，房屋因发生火灾被烧毁；或者在订立租船合同后，船只被政府征用等，在这些情况下，因为实际履行已经不可能，债权人就不能要求实际履行。有时，债务人延迟履约也可能造成履行不可能。例如，对于新年演出或结婚宴席合约，一旦已过履行期，履行就属于不可能，因为要求实际履行已经没有实际意义。对于这类合同，债权人必须指定一个适当的期限，并告知债务人在该期限届满后，他将拒绝接受其履行。在这种情况下，如果期限届满，债务人仍不履行，债权人就可以要求损害赔偿或解除合同，但是不得要求实际履行。

实际上，在德国提起实际履行之诉的情况是很少的，大多数情况下，债权人都要求损害赔偿或解除合同，只有当债权人认为金钱赔偿不能满足其要求时，债权人才会提出实际履行之诉。

（2）法国法对于实际履行的规定

《法国民法典》第1184条规定，契约债务人如不履行其债务，债权人有权选择在合同



的履行尚属可能时请求债务人履行合同,或者解除合同并请求损害赔偿。根据法国法的解释,实际履行是一种可供选择的救济方法,即在债务人不履行合同的情况下,债权人可以在请求实际履行或请求解除合同并要求损害赔偿两者之中任择其一。债权人请求实际履行之诉的条件是,债务人客观上可能履行合同,这点与德国法的规定基本上是相同的。为了加强实际履行判决的强制执行力,自19世纪以来,法国法院形成了一种特殊的强制手段,称为“不履行判决罚金”。也就是说,法院在做出实际履行的判决时,规定不执行判决的债务人每天支付一定金额的罚款,以此对债务人施加压力,使其执行法院的实际履行判决。

此外,法国法还区别“给付财产之债”(Obligation to Give)与“作为与不作为之债”(Obligation to Do or Not to Do),决定是否判决实际履行。对于“给付财产之债”,如果是债务人不交付相关财产的,债权人可以请求实际履行。例如,在买卖合同中,如果卖方不交付已经特定化了的货物,则买方可以提起实际履行之诉,要求卖方交付这种货物。所谓“作为与不作为之债”,主要是指必须由债务人本人去做某种行为或不做某种行为的债务。《法国民法典》第1142条规定:“凡属作为或不作为的债务,在债务人不履行的情形下,转变为赔偿损害的责任。”例如,让演员登台演出或不让其登台演出等。如果这类债务的债务人不履行合同,债权人只能请求损害赔偿,不能请求实际履行的判决。法国法认为,强令债务人去做某种行为或不做某种行为,无异于把债务人置于受奴役的地位,不符合“人身自由不得侵犯”的原则。但是,如果债务人应当履行的行为可以由债权人或其他第三人代为履行,无须债务人亲自参与时,法国法也允许债权人采取“替代履行”的救济办法,即由债务人承担费用,让债权人或第三人代替债务人实现债务的内容。《法国民法典》第1143条和第1144条规定:债权人有权要求债务人清除违约而进行的工作,并可以请求由债务人承担清除的费用,如有必要,债权人仍可请求损害赔偿。债权人也可以要求由债务人承担费用,自行完成合同所规定的债务。例如,当债务人承担应拆除某些建筑物的义务时,如果债务人不予以拆除,那么,债权人可以要求由债务人承担费用,让债权人雇用工人或自行予以拆除。法国已于1867年通过法律废止了对债务人实行人身监禁。

(3) 英美法对于实际履行的规定

英美法不主张实际履行的救济方法。英美法认为,如果一方当事人不履行其合同的义务,对方的唯一权利是提起违约之诉,要求损害赔偿。英美的普通法中是没有实际履行这种补救办法的,在英美的衡平法中,实际履行也只作为一种例外的救济方法,衡平法院在处理某些案件时,只有在原告能够证明仅仅采用损害赔偿的办法不足以满足其要求时,才可以考虑判令实际履行,而且法院对于是否判令实际履行有较大的自由裁量权。一般而言,在涉及土地买卖或公司债券的交易时,英国和美国法院通常会做出实际履行的判决,在这种交易中,仅仅判令债务人支付金钱上的损害赔偿,除非买卖的标的物是特定物或特别珍稀物,在市场上不容易买到,法院才考虑做出实际履行的判决。对于某些种类物的买卖,美国法院也允许提起实际履行之诉。例如,对于所谓“需要合同”(Requirement Contract),



即不规定具体的数量，仅规定卖方允诺根据买方的需要向买方随时供应原料或其他货物的合同，如果卖方违约不根据买方的要求供货，即使此种原料与货物在市场上可以买到，则法院仍然允许买方提起实际履行之诉。

根据英国和美国法院的审判实践，在下列情况下，法院将不予以做出实际履行的判决：

- 金钱损害赔偿已可以作为充分的救济方法者；
- 凡是属于提供个人劳务的合同；
- 凡是法院不能监督其履行的合同，如建筑合同等；
- 一方当事人为未成年人的合同；
- 实际履行对被告会造成过分苛刻的负担者。

对被告不执行法院判决的，英国和美国规定了一系列强制执行判决的办法。如英国高级法院规则（Rules of the Supreme Court）和美国联邦与各州的民事诉讼规则（Rules of Civil Procedure）。英国法院把不履行法院的判决作为“藐视法院”（Contempt of Court）的行为之一，法院对于“藐视法院”的行为，可以用期限最多不超过6个月的监禁或罚金等方式予以惩处。法院还可以命令司法警察没收被告的财产或判令由原告或其他第三人完成被告应履行的义务，但由被告承担费用。

（4）《联合国国际货物销售合同公约》对实际履行的规定

该公约认为实际履行的权力应在双方当事人之间行使，当事人一方可以要求另一方实际履行。如果违约当事人在对方要求之下仍不实际履行，法院亦不应当判决实际履行，除非管辖法院有特殊的法律或程序要求。该公约第26条规定：“如果按照公约的规定，当事人一方有权要求他方履行某项义务，法院没有义务做出判决要求实际履行此项义务，除非法院依照其本身的法律，对不受本公约支配的类似买卖合同可以这样做。”

2. 损害赔偿

损害赔偿（Damages）是指一方当事人因不履行或不完全履行合同义务而给对方当事人造成损失时，按照法律和合同的规定应承担的赔偿责任。损害赔偿分为补偿性损害赔偿和惩罚性损害赔偿。补偿性损害赔偿主要是对当事人的实际损失或可得利益损失的补偿。民事责任，包括违约责任，以补偿为其首要的、基本的功能，惩罚是其例外的、补充性的功能。我国《合同法》第113条第1款规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失。



提示 各国法律都认为损害赔偿是对违约的一种救济方法。但是各国的法律对损害赔偿责任的成立、损害赔偿的方法以及损害赔偿的计算，均有不同的规定与要求。



（1）损害赔偿责任的成立

在损害赔偿责任成立的条件方面，大陆法与英美法有很大的区别。大陆法国家认为，让当事人承担损害赔偿责任必须具备三个条件：

1) 有损害的事实。大陆法国家认为，如果没有损害就不存在赔偿的问题。损害的事实举证由请求损害赔偿的一方负责。

2) 有归责于债务人的原因。《法国民法典》第 1382 条规定，任何人的行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生的人，应对他人负赔偿责任。《法国民法典》第 1147 条规定，凡是债务人不能证明其不履行债务是由于不应归其个人负责的外来原因时，即使其个人方面并无恶意，对于其不履行或延迟履行债务，债务人应支付损害赔偿。由此可见，债务人原则上仅对其故意或过失所造成的损失负责。在某些情况下，即使债务人没有过失也应负责。《德国民法典》规定，旅客进入旅店所携带的物品，如果发生灭失或毁损，店主虽然没有过失，则亦应负责赔偿。

3) 损害发生的原因与损害之间有因果关系，即损害是由于债务人应予以负责的原因所造成的。

根据英美法的解释，只要一方当事人违反合同，对方就可以提起损害赔偿之诉，而不以违约一方有无过失为条件，也不以是否发生实际损害为前提。如果违约的结果没有造成损害，债权人虽然无权要求实质性的损害赔偿，但是他可以请求名义上的损害赔偿，即在法律上承认他的合法权利受到了侵犯。

（2）损害赔偿的方法

损害赔偿的方法有回复原状（Restitution）与货币赔偿两种。回复原状是指恢复到损害发生之前的状态，这种方法实行起来不太方便，甚至不可能做到。例如，特定物买卖中的特定物灭失。但是，这种方法可以完全达到损害赔偿的目的。货币赔偿是指以支付货币弥补对方所受到的损害。这种方法便于实行，但是有时不能完全满足损害赔偿的本旨。各国的法律对这两种损害赔偿的方法有不同的侧重。

德国法对损害赔偿采取以回复原状为主、货币赔偿为辅的原则。《德国民法典》第 249 条规定：“负损害赔偿的义务者，应回复赔偿责任事故发生前的原状。如因伤害身体或毁损物件而应为损害赔偿时，债权人得请求必要数额的货币以代替回复原状。”

《德国民法典》对可以要求货币赔偿损害做了规定，主要有以下几种情况：① 人身伤害或损坏物件；② 债权人对债务人规定一个相当的时间，令其回复原状，并声明如逾此时间未能回复原状，债权人即可于期限届满后请求货币赔偿；③ 如果所受损害不能回复原状，或回复原状不足以赔偿债权人的损害时，债权人可以要求货币赔偿；④ 如果债务人必须支付过高的费用才能回复原状时，债务人也可以用货币赔偿债权人的损失。

至于财产损害以外的损害，只有在法律有相应的规定时，才能请求以货币赔偿，其中包括对名誉与道德的损害赔偿。



与德国法不同，法国法采取以货币赔偿为主、回复原状为辅的原则。法国法认为，一方当事人违反合同的义务主要转变为损害赔偿之债，应以适当数额的货币向对方赔偿。

英美法采用货币赔偿的损害赔偿方法，称为“货币上的回复原状”（Pecuniary Restitution）。英美法认为，损害赔偿的目的，是使权利受到损害的一方处于该项权利得到遵守时同样的地位，在货币可能做到的情况下应采用货币赔偿。对损害赔偿之诉，英国和美国法院一般都是判令债务人支付货币赔偿。

（3）损害赔偿的范围

损害赔偿的范围是指因违约而请求损害赔偿时，如何确定损害的范围，根据相应原则确定损害赔偿的金额。这里有两种情形：一种是由双方当事人自行约定的，称为“约定的损害赔偿”；另一种是在双方当事人没有约定时，依由法律规定确定的，称为“法定损害赔偿”。下面主要介绍法定损害赔偿的范围。

大陆法国家认为，损害赔偿的主要范围应包括违约造成的实际损失与所失利益两个方面。所谓实际损失，是指因当事人违约，使对方遭受的合同规定的合法利益损失。例如，应交货而未交货，应交付优质商品而交付劣质商品，均属此列。所谓所失利益，是指如果债务人不违反合同本应能够取得的利益，但是这种利益因为债务人的违约而丧失。一般而言，实际损失比较容易确定，所失利益则较难确定。《法国民法典》第1149条的规定，对债权人的损害赔偿，一般应包括债权人所受现实的损害与所失可获得的利益。《德国民法典》规定，损害赔偿的范围包括违约造成的实际损失与所失利益。凡是依事物的通常过程，或依约已进行制造的设备、所做的准备或其他特别情形，可以预期得到的利益，即视为所失利益。例如，某工厂如果正常开工，本来每日可以收入若干元，但是因为机器损坏，承包修理机器的承揽人没有根据合同的规定及时把机器修复，拖延若干天，则这段时间的损失，可以列入损害赔偿的范围。又如，某房东已将建造中的新屋出租他人，但是因建筑商没有根据合同计划交工，以致房东不能取得租金，则此项租金也可以作为所失利益。

英美法国家认为，计算损害的基本原则是，由于债务人违约而使蒙受损害的一方，在经济上能处于该合同得到履行时同等的地位。例如，在买卖合同中，如果卖方不能履行交货的义务，其损害赔偿的范围就是合同规定的价格与应交货之日的市场价格之间的差价。

英国法院对“哈德里诉巴辛达尔案”的判决形成和发展了关于计算损害赔偿范围的原则。该案是：一家磨坊的机轴破裂了，磨坊主把坏轴交给承运人，委托他找一家工厂重做一个新的机轴。承运人交货延迟，未能在合理的时间内交付新的机轴，因而使磨坊停工的时间超过了必要的时间。磨坊主要求承运人赔偿由于延迟交付机轴造成的利润损失。但是，由于磨坊主并未预先告知承运人如果不能及时把新机轴送到将产生利润损失，因此，法院判决承运人对迟交期间的利润损失不承担赔偿责任。法院在做出这一判决时，对损害赔偿的范围提出以下两项原则：① 自然发生原则，这种损失必须是因违约事件的一般过程自然发生的（Arise Nat- Urally）的损失；② 合理地预见原则，这种损失必须是当事人在订立合



同时能够合理预见到 (Reasonably Foreseeable) 的如果违约可能产生的损失。在上述案例中,磨坊主并未预先把迟交机轴可能产生的利润损失告知承运人,后者无从合理地预见会产生这样的后果,他可能认为磨坊主有备用机轴,不会因迟交新机轴而停工,因此,承运人对由于延迟交货造成的利润损失不承担责任。

1893年《英国货物买卖法》基本上采纳了上述原则,该法第50条和第51条规定,计算损害赔偿的范围,应根据违约的一般过程,计算直接地、自然地发生的损失。如果货物有行市时,计算损害赔偿的范围应当推定为合同价格与应交货之日或应接受货物之日的市场价格之间的差价。《美国统一商法典》规定,在损害赔偿中还应包括附带的损失与间接的损失 (Incidental and Consequential Damage)。

此外,根据英美法的要求,确定损害赔偿范围还有一项必须遵循的原则,即降低损失原则。当一方违约时,受损害的一方有义务采取一切合理的措施以减轻由于违约造成的损失。如果由于受损害的一方的疏忽,没有采取合理的措施减轻损失,则受损害的一方对于违约发生之后本来可以合理避免的损失,不能要求给予赔偿。

为防止违约方因故意违约而获利,英美法院在按照受损害一方请求给予损害赔偿的救济之前,一般要求该方证明,双方在订立合同时能够合理地预见到该损失的可能发生。如违约方因认为支付一定的损害赔偿比履行合同更为合算而故意违约,法院就可能做出不利于违约方的判决。因为,如果法院正常判决,违约方就会因损害赔偿而获利,这显然是违反救济原则的。

3. 解除合同

(1) 解除权的发生

大陆法国家关于解除权的法律源于罗马法的解除权规定。历史上,罗马法原则上认为,债权人在债务人不履行合同或不完全履行合同时无权解除合同。但是在买卖法中,则允许卖方在买方没有在一定的期限内支付货款时行使解除合同的权力。法国在16世纪将这项原则纳入本国的法律,并把它推广适用于一切双务合同,认为在一切双务合同中都有这样一项默示条款,即当一方不履行合同时,对方有权要求解除合同。《法国民法典》第1184条的规定,双务合同的一方当事人不履行其所订定的债务时,应视为有解除条件的约定。法国法院认为,解除合同的法理不在于有一项默示的解除条件,而在于缺乏约因。法国最高法院曾经做出解释,“在双务合同中,一方当事人的义务就是对方的义务的约因,如果一方不履行其义务时,对方的义务就缺乏约因”。

德国法也对合同的解除权做了规定。《德国民法典》第325条与第326条规定,在一方当事人履行不可能或履行延迟的情况下,对方有权解除合同。德国法将不履行合同分为履行不可能、履行延迟、拒绝履行和不完全履行四种情况。《德国民法典》对于拒绝履行或不完全履行的情况没有明确规定,但是,德国的法学者一般认为,合同解除权同样适用这两种情况。



对合同解除权，英美法区别不同性质的合同，并分别做出规定。英国法规定，只有当一方当事人存在违反条件的违约行为时，对方才可以要求解除合同；如果一方当事人仅仅是违反担保，则对方只能请求损害赔偿，不能要求解除合同。美国法与英国法的规定相似，认为只有当一方当事人的违约构成重大违约时，对方才可以要求解除合同，如果只是属于轻微的违约行为，就只能请求损害赔偿，不能解除合同。英美法的这项规定与大陆法有明显的不同。

（2）解除权的行使

行使解除权的方法主要有两种：一种是由主张解除合同的一方当事人向法院起诉，由法院做出解除合同的判决；另一种是无须经过法院，主张解除合同的一方当事人只需向对方表示解除合同的意思即可。对于解除权的行使，世界各国的法律要求是不同的。

法国法采取第一种方法。《法国民法典》第 1184 条规定，债权人解除合同，必须向法院提出。但是，如果双方当事人在合同中订立了明示的解除条款，则无须向法院提出。

德国法采取第二种方法。《德国民法典》第 349 条规定：“解除合同应向对方当事人以意思表示为之。”换言之，主张解除合同的一方当事人只需把解除合同的意思通知对方，无须经过法院的判决。

英美法认为，解除合同是一方当事人由于对方的违约行为而产生的一种权利，他可以认为合同已经終了，宣告自己不再受合同的约束，无须经过法院的判决。

（3）关于解除合同时是否能同时请求损害赔偿

世界上多数国家认为，在一方违约时，合同解除权与损害赔偿请求权可以同时行使，两者没有冲突。如《法国民法典》第 1184 条规定，当合同一方当事人不履行债务时，债权人可以解除合同并请求损害赔偿。《日本民法典》第 545 条规定，解除权的行使不妨碍损害赔偿的请求。英美法也认为，当一方当事人违反条件或构成重大违约时，对方可以解除合同并可以请求损害赔偿。

《德国民法典》的规定与上述各国的法律规定有所不同。《德国民法典》第 325 条与第 326 条规定，债权人只能在解除权与损害赔偿请求权两者之间选择其一，而不能同时享有两种权利，即两者不能就同一债务关系并存。债权人如果要求解除合同，就不能要求损害赔偿，反之，债权人如果要求损害赔偿，就不能解除自己应承担的合同义务。

（4）解除合同的后果

解除合同的法律后果是消灭合同的效力，合同一经解除，其效力即告消灭，各国法律在这方面的规定是相同的。但是，对这种消灭的作用是溯及既往还是指向将来，各国的法律有不同的规定。

德国和法国的法律规定基本相同，认为解除合同是使合同效力溯及既往的消灭，未履行的债务当然不再履行，已经履行的债务产生回复原状的问题。《德国民法典》第 346 条规定，在解除合同时，各方当事人互负返还其受领的给付的义务。如果已履行的给付是劳务



的提供或以自己的物品供对方利用者,因无法回复原状,则应补偿其代价。《法国民法典》第1183条规定,当解除条件成就时,使债的关系归于消灭,并使事物回复至订约以前的状态,就像从来没有订立过合同一样。因此,在解除合同时,各方当事人应把从对方取得的東西归还给对方,如果应返还的物品因毁损与消耗而无法返还时,则应偿还其价额。

美国法认为,解除合同应产生回复原状的效果。各当事人均应把自己从对方处取得的東西返归给对方,尽可能回复原来的状态。在这方面,美国法与大陆法的规定相似。

英国普通法与大陆法不同。英国法认为,由于违约造成的解除合同,并不使合同自始无效,而只指向将来(in Future),即在解除合同时还没有履行的债务不再履行,已经履行的债务原则上不产生返还的问题。解除合同是一方当事人因对方违约而取得的一项权利,基于此项权利,他可以认为合同已经告终,不再受合同的约束,并可以对全部违约请求损害赔偿。在有些情况下,英国法允许当事人在解除合同时提起“按所交价值偿还”之诉,以收回他所提供的财物或服务的代价。

4. 禁令

禁令(Injunction)是英美法中的一种特殊的救济方法。它是指由法院发出禁令,强制当事人执行合同规定的某项消极义务(Negative Stipulation)。禁令是英美法的衡平法上的一种救济方法,普通法中没有禁令这种救济方法。在一般情况下,英国和美国法院不采用这种救济方法,仅在下列情况下才会给予这种救济:①采取一般损害赔偿的救济方法不足以补偿债权人所受的损失;②禁令必须符合公平合理的原则。在涉及提供个人劳务的案件中,当债务人违反合同时,在某些情况下,英国和美国法院,可以采用禁令的方式补偿债权人所蒙受的损失。例如,某演员与甲剧院订立了为期一年的合同,答应只在该剧院演出,不在另外的剧院演出。但是在此期间,她又与乙剧院订立了演出合同。在这种情况下,根据甲剧院的请求,法院可以颁发禁令,禁止该演员在乙剧院演出。

5. 违约金

违约金(Liquidated Damages)是指以保证合同履行为目的,由双方当事人事先约定,当债务人违反合同时,应向债权人支付的金额。

(1) 大陆法国家对违约金的规定

大陆法规定了两种不同性质的违约金:惩罚性违约金和预定性违约金。

① 惩罚性违约金。德国法主要强调违约金对债务人不履行合同的惩罚性质。《德国民法典》第339条规定:“债务人对债权人约定在不履行债务或不以适当方法履行债务时,应支付一定金额作为违约金者,于债务人延迟时,罚其支付违约金。”从违约金的惩罚性质出发,德国法规定,当债务人不履行债务时,债权人除了请求违约金外,还可以请求由于违约造成的损害赔偿。《德国民法典》第340条规定,债权人在行使基于不履行之损害赔偿请求权时,得请求以违约金作为损害赔偿的最低额,但是不妨碍其主张其他损害赔偿。

② 预定性违约金。法国法强调违约金对损害赔偿金额的预先约定性。《法国民法典》



第1229条规定：“违约金是对债权人因主债务不履行所受损害的赔偿。”换言之，就是双方当事人事先约定，如果债务人违约，就应付给债权人一定的金额作为损害赔偿。这种做法有一个明显优点，就是损害赔偿金额是预定的，从而避免了一方违约时对方当事人诉讼举证和损害赔偿金额计算的麻烦。如果双方当事人预先将损害赔偿予以约定，作为违约时应支付的违约金，那么，只要发生违约的事实，债权人就可以请求约定的违约金，而不必证明损害的发生及损害金额的多少，手续比较简便。

因为强调违约金对损害赔偿金额的预先约定性，法国法原则上不允许债权人在请求违约金的同时，要求债务人履行主债务或另行提出不履行债务的损害赔偿。《法国民法典》规定，债权人对于主债务及违约金，只能选择其一，不能并行请求。只有在例外情况下，如违约金是纯粹为履行延迟而约定者，才可以既要求违约金又要求履行主债务或损害赔偿。例如，在买卖合同中，订有卖方不按时交货时，如果延迟一周应支付违约金若干的条款，则当卖方延迟交货时，违约金的支付并不免除卖方的交货义务。

关于法院是否有权对当事人约定的违约金予以增加或减少的问题，大陆法各国有不同的规定。德国法认为，法院有权对违约金予以减少或增加。《德国民法典》第343条规定：“约定的违约金额过高者，法院得依债务人的申请判决减至适当数额。”《瑞士债务法典》第163条也规定：“违约金过高者，法院得斟酌予以减少。”《瑞士债务法典》第161条还规定，如果债权人所受损失超过违约金额时，且能够证明债务人有过失，则可以要求增加金额。过去，法国法一直认为，法院对于违约金的金额原则上不得予以增加或减少。《法国民法典》第1152条规定：“如合同载明，债务人不履行债务，应支付一定数额的损害赔偿时，不应给予他方当事人较高或较低于规定数额的赔偿。”但是，1975年7月第75~597号法律对上述规定做出了重大的修改。新修改的第75~597号法律规定：“如果赔偿数额明显过大或过低时，法官得减少或增加原约定的赔偿数额。一切相反的约定视为未订。”《法国民法典》第1231条还规定，凡主债务已经一部分履行者，法官得酌量减少约定的违约金。

（2）英美法国家对违约金的態度

英美法认为，对于违约，只能要求损害赔偿，不能予以惩罚。因此，英国和美国法院对于双方当事人在合同中约定违约金的，首先要区别违约金是作为罚金（Penalty）还是作为预先约定的损害赔偿金额。这种区分在英美法中是十分重要的。如果法院认为双方当事人约定的违约金具有惩罚性质，则当一方违约时，法院对这种违约金不予支持，对方当事人只能索取他所遭受的实际损失的损害赔偿；如果法院认为约定的违约金是预先约定的损害赔偿金额，则当一方违约时，对方即可取得这一约定的金额。在认定违约金是惩罚性还是预先约定性时，法院主要根据具体的案情做出它认为适当的解释，不在于双方当事人在合同中使用什么措辞，即使双方当事人在合同中把约定支付的金额叫作预先约定的损害赔偿，但是如果双方当事人约定的金额过高，大大地超出违约所能引起的损失，或者带有威胁的性质，目的在于对违约的一方施加惩罚，法院也将认为这是罚金。如果违约金是双方



当事人在订约时考虑到作为违约可能引起的损失，法院将认为这是真正的预先约定的损害赔偿金额，当一方违约时，对方即有权取得这一约定的金额。对于罚金，法院一律不予承认，受损害的一方只能根据通常的办法就其能够证明的实际所遭受的损失请求损害赔偿。

3.4.4 环境基础变迁对合同效力的影响

合同的基础理论认为，合同的有效性应当以合同成立时所处的环境继续存在为条件。如果合同成立后，订约时所依据的环境条件已经发生重大的变化或已经不复存在，则合同的效力亦应随之变更，不能根据原来的合同规定履行。世界各国在环境基础的变迁对合同效力的影响方面都做了相应的规定，大陆法国家与英美法国家分别采用了情势变迁原则和合同落空原则的法律术语，来处理当合同订立后发生了某些当事人不可预见的阻碍合同履行的情况，判定当事人可否免责。另外，不可抗力因素是合同环境基础变迁的重要原因，下面也予以讨论。

一般来说，在订立合同之后，如果一方当事人不履行合同或者不适当地履行合同，都要负违约的责任。但是，如果在合同成立之后发生了某些情况，阻碍了一方当事人不履行其合同的义务，而这些情况的发生，根据订约当事人的意思，是不属于当事人所应承担的风险范围之内的，则应当作为例外情况处理。例如，《德国民法典》第 275 条规定：“债务关系发生后，因不可归责于债务人的事由，以致给付不能者，债务人免除给付义务。”《瑞士债务法典》第 119 条也规定：“因不可归责于债务人的事由，致给付不能者，视为债务消灭。”这里所谓的给付不能，就是履行不可能。履行不可能有两种情形：一种情形是事实上的不可能；另一种情形是法律上的不可能。前者如特定物买卖的标的物非由于卖方的过失而灭失，后者如租船合同中的船舶被政府长期征用或政府实行封锁禁运等。这些事件的发生都不属于债务人承担的风险范围之内，债务人对此并无过失可言，所以，在这种情况下，债务人是不承担违约责任的。但是，还有另外一种情况，即在订立合同之后，非由于债务人的过失，发生了某种事先未曾预见的情况的变化，而这种情况的变化并未达到使债务人不可能履行合同的程度，而是使合同的履行困难得多或者需要花费更多的钱，如果坚持根据原合同履行，将会使合同的双方完全失去平衡，造成极不公平的结果。各国法律对于这种情况都做了不同的规定。

1. 大陆法的情势变迁原则

情势变迁原则是指在法律关系确立后，作为该项法律关系的基础的情势发生了变化，而且这种变化是当事人不能预见的、不可归责于当事人的，应当对原来的法律效力做相应的变更，以避免原来的法律效力产生显失公平的结果和违反诚实信用的原则。情势变迁原则的一个重要的理论依据是“合同基础论”，即认为合同的有效性应当以合同成立时所处的环境继续存在为条件。如果合同成立后，订约时所依据的环境条件已经发生重大的变化或已经不复存在，则合同的效力亦应随之变更，不能根据原来的合同规定履行。



大陆法国家虽然承认情势变迁原则，但是在民法中，对于情势变迁的原则并没有做出明确的规定。如《德国民法典》对情势变迁原则就没有明确的规定，法院在实际处理时主要采用两种办法：第一，把所谓“经济上不可能履行”解释为《德国民法典》第 275 条所指的履行不可能。根据第 275 条的规定：“在债务关系发生后，非因债务人的过失致使履行不可能者，债务人免除履行的义务。”根据这一条规定的精神，德国法院认为，对于战争前订立的合同，如果在战争之后继续履行原合同，实质上将与合同原来规定的义务完全不同，或者在经过长期战争之后继续根据原合同交货，其经济状况将完全不同于订约时处于和平时期的经济状况，凡是属于经济上的履行不可能，债务人可以免除履行义务。第二，如果根据战后的情形要求债务人继续生产原合同约定的货物，将会引起巨大的困难，或者所出售的货物已被政府征用，很难找到替代的货物，或者价格很高。在这些情况下，债务人也可以解除履约义务。

法国法院对以情势变迁为由要求免除履行合同的判决要求很严格，一般不予支持。法国法院的判例认为，只有发生不可归责于债务人的、不可预料的以及使债务人在相当期间内不可能履行合同的障碍，才能解除债务人的履约义务。即使发生罢工、进出口限制与政府征用等意外事故，也要考虑具体的案情，只有当这些情况使债务人不可能履行合同时，法院才允许解除债务人的义务。由于法国法院不轻易地接受情势变迁原则，因此，在第一次世界大战和第二次世界大战后，鉴于战后的情况与战前相比有很大的变化，法国国会只好通过有关的成文法，授权法院解除战前订立的买卖合同以及对长期租赁合同进行修改。

《瑞士债务法典》第 373 条规定，承揽人必须根据约定的报酬金额完成其承揽的工作，即使该项工作的费用或难度超出了原来的预计。但是，如果发生不能预料的情形或超过双方当事人设想的范围之外的情形，使该项工作不可能完成或完成该项工作有高度的困难，则法官有增加金额或解除合同的自由裁量权。严格地说，这条仅适用于承揽合同，不能普遍适用于其他一切合同。

《意大利民法典》规定，凡长时期之后才履行的合同或分批履行的合同，如果一方提出由于发生非常的、不可预料的事件，致使履行的负担特别沉重时，法院得宣布解除合同。但对这条有两点限制：第一，如合同订立后所发生的履约困难是属于合同的正常风险，则不能解除合同；第二，对方当事人建议公平地修改合同而反对解除合同的，不能解除合同。

2. 英美法的合同落空原则

合同落空（Frustration of Contract）是英美法的术语，它与大陆法中的情势变迁原则相类似。所谓合同落空，是指在合同成立后，当事人由于出现非自身过失的意外情况，致使当事人在订约时所谋求的商业目标受到挫折时，可以免除责任。按照英国法的解释，并不是在订立合同之后所发生的任何意外事件都能符合合同落空的标准，必须是情况已经完全改变，以致在一个通情达理的人看来，合同的当事人如果事先知道会发生这种变化的话，他们就不会签订合同，或者会把合同订得不一样，只有达到这种程度，才能按合同落空处理。



（1）标的物灭失

如果合同的履行取决于某个特定的人或物的继续存在，但是在订立合同之后，该特定的人或物已经灭失，在这种情况下，履行合同已属不可能，当事人可以免除履约的义务。例如，在特定物的买卖中，订立合同后非由于卖方或买方的过失，该特定物在风险转移于买方之前灭失，合同即告落空。双方当事人均无履行合同的义务。

（2）出现违法因素

违法有各种不同的情况。例如，在国际贸易中，不同国家的当事人在订立合同后，两国发生战争，如果继续履约将构成与敌人进行贸易从而成为违法行为，在这种情况下，合同可以作为落空处理。

（3）合同环境发生根本性的变化

如果在订立合同之后，合同环境发生了根本性的变化，致使合同失去了原来的基础，则该合同可以作为落空论处。同确定标的物灭失或违法行为相比，确定合同环境发生变化到何种程度才能构成合同落空是十分困难的。因为在环境发生根本变化时，合同并不是完全不可能履行，而是还有履行的可能，只是因为意外地发生了完全不同的情况才使合同失去了约束力。对此，英国法院往往宁肯坚持“契约神圣不可侵犯的原则”，而不愿轻易地把一个尚能履行的合同视为落空。只有当环境的变化十分严重，使合同失去了基础时，才能作为落空处理。历史上，英国法院有两个著名判例：一个判例是涉及英王爱德华七世登基典礼的案例。其案情是：威廉先生有一座房屋，坐落在英王爱德华七世登基典礼游行的必经之路上。史密斯先生向威廉租用该房屋一天，以便观看登基典礼，但是这个目的并没有载于合同之中。后来，登基典礼宣告取消，于是史密斯拒绝支付房租。威廉则向法院提起诉讼。法院判决威廉败诉。因为合同中虽然没有记明史密斯租用威廉房屋的目的是观看英王登基典礼，但是从有关背景中可以确定这是合同的基础。登基典礼既然宣布取消，那么，该合同的基础也就不复存在，该合同的目的已告落空，这样，史密斯就没有支付房租的义务了。另一个判例是1956年埃及战争爆发后，苏伊士运河停止通航的案件。其案情是：双方当事人于1956年10月4日订立了买卖合同，卖方出售300公吨苏丹花生，价格条件为CIF汉堡（每公吨50英镑）。卖方应于1956年11月至12月装船。但是，1956年11月2日，埃及战争爆发，苏伊士运河被封闭，不能通航。这时，卖方是可以取道好望角把货物运到汉堡的，但是，因为绕道好望角，航程要比经由苏伊士运河远得多，运费也增加了，运费为每公吨15英镑，其中包括经过苏伊士运河的7英镑。因此，卖方拒绝装船，宣告合同终止。于是买方提起诉讼。法院判决买方胜诉。法院认为，卖方承担了这样一项义务，当通常的航线，即经由苏伊士运河的航线不能使用时，应当采取合理与切实可行的航线运送货物，而好望角正好是这样一条航线。因此，“合同落空”原则不适用于本案例。法院判决卖方赔偿买方5600英镑。由此可见，当事人要援引合同落空原则摆脱自己的责任是很不容易取得成功的。



（4）政府实施封锁禁运与进出口许可证制度

在遇到政府实行封锁禁运与实行进出口许可证及配额制度时，也可能会引起合同落空的问题。此类情况中，哪些情况能构成合同落空，哪些情况不能构成合同落空，必须根据具体的案件做出实际裁决。

此外，凡是属于因为一方当事人的过失造成履约不可能者，均不得作为合同落空处理。

美国《合同法重述》第288条对“落空”做出了规定：“凡以任何一方应取得某种预定的目标或效力的假设的可能性作为双方订立合同的基础时，如这种目标或效力已经落空或肯定会落空，则对于这种落空没有过失或受落空的损害的一方，得解除其履行合同的义务。除非发现当事人另有相反的意思。”美国法院对于合同环境变化对合同效力所产生的影响并没有形成一个总的原则。但是，根据《合同法重述》第454条规定，履行不可能不仅指严格意义上的不可能，而且还包括由于发生各种意外事件，使合同实在难以履行的情况。从这点来说，美国也是以“合同基础理论”作为合同落空的依据。

《美国统一商法典》对卖方延迟交货或不交货可以免除责任的情况做了规定。该法第2~6条规定，未能按时交货或不交货的卖方，在下列情况下不负违约责任：① 如果由于发生了某种意外事件使合同变得实在难以履行（Impracticable），而这种意外事件根据当事人订立合同时的“基本假定”（Basic Assumption）是不会发生的；② 由于卖方恪守外国政府或本国政府的规章，从而使合同实在难以履行。根据《美国统一商法典》的官方解释，卖方必须具备两个条件才能要求援引本条免除责任：第一，按当事人订约时的“基本假定”，不会发生这种变故；第二，必须具有合同的履行“在商业上实在难以做到”的后果。实际上，没有按时交货或不交货的卖方是不可以轻易地免除责任的。法院对这方面的事件在裁决时是相当严格的，卖方履约费用的增加、市价的涨落，一般都不能免除卖方的履约义务，因为市价涨落与费用增加等都是正常的交易风险，当事人在确定价格时就应考虑到这种风险。除非因某种不可预料的意外事件使合同性质发生了根本性变化，才能免除卖方的违约责任。但是，如果由于战争、封锁、农业歉收或未预见的供货来源断绝，导致卖方无法取得履行合同的标的，或者虽可取得但使卖方费用大大增加时，才能依据本条的规定免除交货责任。

3. 不可抗力

所谓不可抗力，是指具有以下特点的意外事故：① 在签订合同以后发生的；② 非因任何一方当事人的过失或疏忽造成的；③ 双方当事人所不能控制的，即这种事故是无法预见的、无法避免与无法预防的。根据一些国家的法律规定，如果发生了这种意外事故，致使无法履约，有关当事人就可以根据法律或合同的规定免除责任。这种责任的免除依据是合同的基础环境变迁，从而适用于合同落空或情势变迁原则。但是，从上述大陆法和英美法的判例来看，此项原则的适用是非常严格的。因此，为了避免不测的风险，在合同中签订不可抗力条款（Force Majeure Clause），事先规定订约双方在发生他们所不能控制的某些意外事故时，不论这种意外事故从法律角度看是否能构成合同落空或情势变迁，他们都可以



延迟履行合同或解除履行义务,任何一方对此都不能请求损害赔偿,这点是十分重要的。

不可抗力事故包括两种情况:一种是由于自然原因引起的,例如,水灾、风灾、旱灾、大雪与地震等;另一种是由于社会原因引起的,例如,战争、罢工与政府封锁禁运等。至于应当把哪些意外事故列入合同的不可抗力条款中,双方当事人可以在订立合同时自行商定。

不可抗力事故所引起的法律后果,主要有两种情况:一种是解除合同;另一种是延迟履行合同。双方当事人可以在合同中具体规定当不可抗力事故发生时是解除合同还是延迟履行。如果合同中对此没有做出明确的规定,一般的解释是:如果不可抗力事故使合同的履行成为不可能,则可以解除合同;如果不可抗力事故只是暂时阻碍了合同的履行,则只能延迟履行合同,不能解除合同。

由于国际贸易合同具有跨国性质,合同在签订之后,受到各国政治、经济因素与自然条件的影响,往往会出现一些双方当事人事先无法预料与无法预防的意外事故,例如,爆发战争或发生水、旱、冰冻、地震等自然灾害,使合同的履行受到阻碍。在这种情况下,合同是否仍然有效,当事人是否仍然必须承担履约的责任,这是经常发生纠纷的问题。例如甲方从乙方进口普通大豆5万吨,交货期为7月底。而在4月,乙方原定的收购地发生百年未遇的洪水,收购计划落空。乙方要求按不可抗力免除交货责任。法院判决,乙方发生的事件不构成不可抗力。虽然发生百年未遇的洪水,但收购计划并未落空,因为甲方从乙方进口的是普通大豆,而并非一定是乙方原定的收购地所产的大豆。况且,发生洪水到交货期还有3个月,乙方完全有时间购进替代物向甲方交货。由此可以看出,如果合同对此没有做出规定,大陆法国家就要考虑这些意外事故是否构成情势变迁,英美法国家就要考虑是否构成合同落空的问题。然而,各国对于情势变迁或合同落空的解释又十分复杂,在这种情况下,双方当事人的权利与义务就会处于不确定的状态。因此,国际上一般多主张在国际贸易合同中订立不可抗力条款,把可能产生的意外事故及其法律后果在合同中事先予以说明,这样,一旦出现这类不可抗力事故,就可以据此确定双方当事人的权利与义务。

3.5 合同的消灭与时效

合同的消灭(Discharge of Contract)是指由于某种原因而使合同丧失法律效力的行为。在英美法中存在合同消灭的概念,而大陆法中则把合同的消灭包括在债的消灭的范畴之内,作为债的消灭的内容之一,因此,大陆法各国没有合同消灭的概念。这是因为大陆法各国都用“债”这个总的概念,把合同、侵权行为、代理权的授予、无因管理与不当得利等均作为产生债的不同原因。合同只是产生债的一种原因,而不是债的全部原因。所以,大陆法各国认为,只要在其民法典或债务法典中,就债的消灭做出规定,就可以处理好合同的消灭。

3.5.1 大陆法各国对债的消灭的有关规定

《法国民法典》规定,债有下列情形之一者即告消灭:①清偿;②更新;③自愿免



除；④ 抵消；⑤ 混同；⑥ 标的物灭失；⑦ 取消；⑧ 解除条件成就；⑨ 时效完成。《德国民法典》规定，债的消灭的原因有以下四种：① 清偿；② 提存；③ 抵消；④ 免除。《日本民法典》把债的消灭的原因规定为五项，前四项均与《德国民法典》的规定相同，第五项是混同。对此，《德国民法典》虽然没有明文规定，但实际上也承认混同是债的消灭的原因之一。由此可以看出，大陆法各国对债的消灭的规定基本上是相似的。大陆法各国除了认为合同的撤销、解除以及履行不可能等，均可以作为债的消灭的原因外，还在民法典或债务法典中对债的消灭的各种原因做出了具体的规定。下面就德国、日本、法国等大陆法国家对债的消灭的五项具体内容加以阐述。

1. 清偿

清偿（Payment），是指债务人向债权人履行债的内容。例如，在买卖合同中，卖方向买方交货，买方向卖方支付价金，都是债务人向债权人履行债的内容，都叫作清偿。各国的法律都一致认为，清偿是债的消灭的主要原因，当债权人接受债务人的清偿时，债的关系即告消灭。

清偿的主体一般是债务人本人，尤其是债的性质必须由债务人亲自履行者，则不能由第三人履行。例如，提供个人劳务的合同不能由第三人代为履行，因为每个人的专长、技能与水平各不相同。但是，西方各国的法律原则上都允许第三人向债权人代为清偿债务。《德国民法典》第267条规定：“凡给付无须债务人亲自履行者，亦得由第三人履行。”西方各国还有所谓代位求偿权（Subrogation）制度。根据这项制度，对债务履行有利害关系的第三人在为债务人向债权人清偿了债务之后，在法律上即取得了债权人的债权，这样，他可以使自己处于债权人的地位，行使其对债务人的求偿权。例如，在海上货物运输保险业务中，货物的托运人把货物向保险公司投了海上货运保险，在海运途中，货物由于承运人的疏忽或过失遭到损坏或灭失，在这种情况下，保险公司一般根据保险单的规定先向托运人赔偿损失，与此同时，托运人的债权自然移转于保险公司，保险公司可以取代托运人的地位，代位行使对承运人的追偿权。

清偿的标的物一般应当是合同规定的标的物。例如，借钱还钱，借米还米等。但是，在大陆法中，也有代物清偿制度，即如果债权人同意，债务人也可以用规定的标的物以外的物品清偿其债务。例如，欠钱可以还米，欠米也可以还钱。代物清偿也可以产生债的消灭的效力，但是必须取得债权人的同意。

清偿的地点应是合同规定的地点，如果合同对清偿地没有做出规定，则根据标的物的性质区分两种不同的情况：① 如果属于特定物的债务，则应于订约当时该特定物之所在地交付；② 如果属于其他债务，一般有两种办法确定清偿地点，一种办法称为往取债务制，即以债务成立时债务人的住所地为清偿地，法国、德国与瑞士等国家采取这种办法。另一种办法称为赴偿债务制，即以债权人现时的住所地为清偿地点，日本采取这种办法。这两种办法对于债务人和债权人的利益各有不同的侧重，前者着重于维护债务人的利益，后者



着重于维护债权人的利益。

清偿应在合同规定期限履行，如果合同没有做出规定，则称为未定期债务，债权人在合同成立以后随时可以向债务人要求清偿，债务人也可以随时向债权人进行清偿。应当注意的是，许多大陆法国家的法律认为，有关期限的规定一般应推定它是为了债务人的利益而订立的。例如，《德国民法典》明文规定，在合同规定了履行期限的情况下，债权人虽然无权在规定的期限届至以前请求债务人清偿债务，但是债务人却可以在期限届至以前履行其义务。

清偿的费用一般应由债务人负担，除非当事人在合同中有特殊规定。但是，如果由于债权人的住所发生变更，导致清偿费用增加时，其增加的部分应由债权人负担。

此外，大陆法对清偿的抵充也做了相应的规定。清偿的抵充是指在债务人对同一债权人负有数种同种类债务的情况下，当债务人提供的给付不足以清偿全部债额时，该项给付应抵偿哪宗债务的规定。例如，某甲先后欠某乙3笔债务：第一笔债务为10 000元，第二笔债务为15 000元，第三笔债务为8 000元。如果甲向乙提出14 000元作为清偿，这时就产生了这笔款项究竟应先抵偿哪笔债务的问题，这也是清偿的抵充所要解决的问题。对此，大陆法各国有一些具体的规定。首先，各国法律都允许债务人在清偿债务时，指定其应抵偿的债务。《德国民法典》第3条规定：“债务人对于债权人基于数宗债务关系负担同种类给付的义务者，如债务人提出的给付不足以清偿全部债务时，债务人于给付时所指定的债务归于消灭。”如果债务人没有指定应抵偿的债务，则根据债务的不同情况，权衡对债权人和债务人的利害关系，采取不同的处理方法。《德国民法典》还规定：“如债务人没有指定清偿的债务时，则先抵充已届满清偿期的债务；若几个债务均已届清偿期者，则应抵充对债权人担保最少的债务；如担保相等者，应抵充债务人负担最重的债务；如负担相等者，应抵充到期较早的债务；如到期相同者，应按各个债务数额的比例消灭债务。”瑞士与日本的法律也有相似的规定。

2. 提存

提存（Deposit）是指债务人在履行债务时，由于债权人受领延迟，债务人有权把应给付的金钱或其他物品寄存在法定的提存所，从而使债的关系归于消灭的一种行为。提存所是由法律规定的，或者由法院指定的办理提存业务的机构。如《瑞士债务法典》第92条规定：“提存之处所，应由清偿地法院指定。”法院可以指定它认为适当的机构办理保管提存物的业务。《德国民法典》第372条规定，债权人负受领延迟责任时，为了债权人的利益，债务人必须将应给付的金钱、有价证券、其他权利证书以及贵重物品寄存于公共提存所。其他因债权人本身的缘故，或非因债务人的过失而不能确定谁是债权人，以致不能清偿其债务或不能完全清偿者，亦可以按此办理。根据大陆法的解释，提存必须具备以下条件：

1) 债权人受领延迟。当债务人提出清偿，债权人予以拒绝的情况下，债务人不能无限期地等待。各国法律都允许债务人把应给付的金钱或其他物品寄存在法定的提存所，从而



解除债务人的给付责任。

2) 不能确定谁是债权人。例如, 债权人死亡后, 其债权应由其子女继承, 如果其子女为多人, 而且在债务已届履行期时, 其子女中谁是继承人尚未确定。由于不能确定谁是债权人, 不知道谁有权受领给付, 在这种情况下, 债务人就无法清偿其债务。此时, 债务人就可以把应给付的金钱或其他物品寄存在提存所, 使债的关系归于消灭。

交付提存的标的物, 一般应当是合同规定的标的物, 但是, 如果合同的标的物因其性质不适宜于提存(如易腐、易变质的商品), 或者保管的费用过高(如牲畜的饲养费), 根据德国法的规定, 经法院的许可, 债务人可以在当地将标的物进行拍卖, 将拍卖所得的价款寄存在提存所从而解除其责任。

提存的法律效力主要有以下三个方面:

1) 债务人免除责任。交付的物品寄存在提存所后, 债务人就可以免除给付责任, 债权人只能向提存所收取提存物, 不能再向债务人请求清偿。

2) 风险转移。提存物寄存在提存所后, 其风险就由债权人承担, 如果发生损坏或灭失, 则债务人概不负责。

3) 费用负担转移。提存物寄存在提存所期间所产生的一切费用均由债权人负担。

债务人在提存后负有通知债权人的义务。如果债务人没有履行及时通知义务, 应当赔偿债权人因此蒙受的损失。但是, 由于实际情况确属不能通知的, 则无须通知, 债务人不负赔偿责任。例如, 不能确定谁是债权人。

提存是债务人与提存所之间的寄托合同, 同时又具有向第三人给付的合同的性质, 它使债权人取得直接向提存所请求交付提存物的权利, 但是债权人必须于一定的期限内行使此项权利。根据德国法的规定, 如果债权人在 30 年内不行使其受取权, 则此项权利即告消灭。

债务人也有权取回提存物, 但是, 如果其已放弃取回权, 或者债权人已向提存所表示接受提存, 或者法院判决债权人胜诉并将判决通知提存所后, 债务人就不得取回其提存物。

3. 抵消

抵消 (Set-off) 是指两个当事人彼此互负债务时, 在债务的种类相同, 并均已届清偿期的条件下, 双方债务可以在等额的范围内归于消灭。例如, 甲欠乙 1 100 元, 乙也欠甲 600 元, 经过抵消, 乙欠甲的 600 元债务与甲欠乙的 1 100 元中 600 元债务归于消灭, 抵消的结果是, 甲仍欠乙 500 元。如果甲、乙二人互欠的债务相等, 则两者的债务同时归于消灭。

抵消主要有三种方法: 一是法定抵消。这是《法国民法典》规定的抵消方法。《法国民法典》第 290 条规定, 当双方互负债务时, “债务人双方虽均无所知, 依法律的效力仍然可以发生抵消”。法国法称为当然抵消。二是以当事人单方面的意思表示抵消。德国、日本民法典与《瑞士债务法典》均认为, 双方在互负债务时, 任何一方当事人均可以意思表示通知对方进行抵消。三是约定抵消。各国的法律都允许互负债务的双方根据合同的约定, 将



各自的债务进行抵消。

作为债的消灭方式之一，抵消主要有以下两个方面优点：

1) 手续方便，可以避免交换履行。如果不采用抵消的方法，双方当事人必须分别向对方履行各自的债务。采用抵消的方法，就免去了两道履行手续，对当事人比较方便。

2) 当一方当事人破产时，采用抵消的方法可以避免交换履行所引起的不公平的结果。例如，甲、乙二人互负债务，甲已宣告破产，如果不采用抵消的办法，则乙欠甲的债务仍然必须继续清偿，而甲欠乙的债务，甲已无力清偿，乙只能根据破产程序参与破产财产的分配，但是无法保证最后能分到多少，这对乙是不公平的。如果采用抵消的办法，则可以避免这种情况的出现。

4. 免除

免除 (Release) 是指债权人放弃其债权，解除债务人债务的行为。免除也是债的消灭的原因之一。各国法律对免除是否需要债务人的同意才能生效有不同的规定。法国法与德国法认为，免除是双方当事人的法律行为，必须经债务人的同意才能成立。德国法还认为，免除是抽象的法律行为，与其原因相互独立；《日本民法典》则认为，免除是当事人单方面的行为，只要债权人有免除债务的意思表示，债的关系亦可归于消灭，无须经债务人的同意。

5. 混同

混同 (Merger) 是指债权与债务同属于一个人时，即同一个人既是债权人又是债务人时，债务的关系归于消灭，因为在这种情况下债已经没有存在的必要。法国、日本民法典及《瑞士债务法典》都规定，当债权与债务同归于一人时，其债权因混同而消灭。《德国民法典》虽然没有明文规定，但是实际上也承认混同这种制度。因为在债权与债务同属一人时，自己既要对自己讨债，又要向自己还债，这已经没有什么实际意义了。混同的原因主要有以下三种：

1) 民法上的继受。在自然人死亡时，其债权或债务由其继承人继承，而其继承人又是死者的债务人或债权人，由此导致混同出现。

2) 商法上的继受。作为债权人的公司与作为债务人的公司进行合并时，公司的债权、债务也可能因混同而消灭。以上两种情况称为概括继受。

3) 特定继受。因债权转让或债务承担而使债权、债务集中于一人时发生的混同，债的关系可以归于消灭。

在某些特殊情况下，债的关系不因发生混同而消灭，这主要有以下两种情况：第一，债权已被作为他人权利的标的。例如，甲把对乙的债权出质于丙，成为丙的质权的标的，日后即使乙继承了甲的债权，债权、债务发生混同，但是其出质的债权并不因此而消灭，这是为了保护第三人的利益。《日本民法典》第 520 条规定：“债权与债务同归于一人时，其债权消灭，但其债权为第三人权利标的者，不在此限。”第二，票据法中的特殊规定。各国的票据法规定，汇票可以采用背书的方式转让给出票人、承兑人、付款人或其他票据



的债务人。这时债权、债务归属于同一人而发生混同。汇票的流通过程是：首先由出票人把汇票开给受益人，受益人可以把汇票背书转让给被背书人，被背书人还可以把汇票背书转让给另一个被背书人，最后由付款人承兑付款。在这个过程中，出票人、付款人、承兑人及其以前的各个背书人都是债务人，而受益人以及最后一个被背书人则是债权人。因此，如果出票人、承兑人或付款人成为最后一个被背书人时，那么，债权、债务就集中于同一个人身上，即在这种情况下，汇票的权利理应归于消灭。但是，各国票据法规定，在上述情况下，只要该票据尚未到期，仍然可以以背书的方式继续转让，以保证票据具有较好的流通性。

此外，大陆法各国的法律都承认，时效完成也是债的消灭的原因之一。但时效的完成使债的关系归于消灭，有其特殊性，这些内容将在时效部分中介绍。

3.5.2 英美法关于合同消灭的法律规定

1. 合同因双方当事人的协议而消灭

合同是双方当事人经协议而订立的，因此，英美法认为，合同也可以通过双方当事人之间的协议解除。在司法实践中，英美法恪守对价原则，如果双方当事人协议解除的是其中一方当事人履行合同的义务，则这种协议必须有对价，或者必须以签字蜡封的形式做成，否则就不能强制执行。如果双方当事人协议解除彼此各自尚待履行的合同义务，则不需要另外的对价，双方当事人分别放弃的合同中的权利即为对价。

以协议方式使合同消灭，主要有以下具体做法。

（1）以新的合同代替原合同

合同双方当事人可以协商以一项新的合同代替其原来的合同（Substituted Contract），则原来的合同消灭。如果双方当事人达成协议，对原合同的某些条款加以修改或删除，则原来所规定的权利与义务亦告解除。根据普通法的原则，这种协议必须有对价，或者必须采用签字蜡封的方式做成。但是，根据《美国统一商法典》第 2-209 条的规定，买卖合同的双方当事人可以通过协议对合同进行修改，不要求对价。

（2）更新合同

更新合同（Novation）是指在至少有一个新的当事人加入的情况下，由各方当事人，包括新加入的当事人，以协议形式订立一项新合同，以此项新合同代替原来的合同，新当事人可以享有原合同的权利并承担原合同的义务。合同一经更新，原合同即告消灭。

（3）依照合同自身规定的条件解除合同

双方当事人可以在合同中规定合同解除的条件。当解除条件成就时，合同即告解除。

（4）弃权

弃权（Waiver）是指合同的一方当事人自愿放弃其根据合同所享有的权利，从而解除了对方的履约责任。例如，卖方所交付的货物与合同规定的不相符，买方在收到货物后，



如果表示接受,没有提出异议,这就表示买方已放弃了他要求严格按合同履行的权利。如果买方对卖方所交的货物有异议,则应在合理的时间内通知卖方,或者向卖方提出损害赔偿,如果没有在合理的时间内通知对方,也将视同弃权。

2. 合同因履行而消灭

履行是合同消灭的主要原因。合同一经履行,当事人之间的债权、债务关系即告消灭。关于履行合同的问题,在本章已做过介绍,此处不再重复。

3. 因违约导致合同消灭

英美法认为,在有些情况下,一方违约会使对方取得解除合同的权利,因而违约是合同消灭的原因之一。合同是否可以解除主要是看违约行为是否涉及“合同的根基”(to the Root of the Contract)。英美法把违约行为分为两种,一种叫作违反条件,另一种叫作违反担保。如果违反担保,则受损害的一方当事人只能请求损害赔偿,不能解除合同;如果违反条件,即涉及合同的根基,则受损害的一方当事人有权解除合同,并可以请求损害赔偿。

英美法把违约作为消灭合同的一种方式不是非常确切的。因为:①一方当事人违约,并不能取消合同,只是使合同原来规定的义务转变为损害赔偿的责任,使蒙受损害的一方当事人取得损害赔偿的诉权(Right of Action);②当一方违约时,受损害的一方在某些情况下可以免除自己的履约义务,但是即使在这种情况下,合同仍然存在。例如,如果合同规定了仲裁条款,受损害的一方当事人就可以据此提起仲裁,并根据合同的规定请求损害赔偿。

4. 依法使合同归于消灭

在英美法中,有一些法律规定可以使合同在某些情况下归于消灭,这主要有以下三种情况。

(1) 因合并而消灭

合并有两种情形:一种情形是以更为安全可靠的合同代替不安全可靠的合同,从而使后者并入前者,并使后者归于消灭。例如,以法院的判决合并并消灭因违约而产生的诉权;或者以内容相同的签字蜡封式的合同取代口头订立的合同等。另一种情形是当合同的权利与义务归属于同一个人时,合同亦告消灭,这种情况与大陆法的混同相类似。

(2) 因破产而消灭

根据有关破产法的规定,如果破产人宣布破产(Bankruptcy)后,经过破产清理程序,取得了法院的解除命令(Order of Discharge),破产人就可以解除一切债务与责任。

(3) 擅自修改书面合同

一方当事人如果擅自对书面合同做了属于下列情形的修改,对方就可以解除责任:

① 未经对方同意擅自对书面合同进行修改;② 由其中一方当事人或持有该书面合同的人对其进行修改,而且这种修改是对该当事人有利的;③ 对合同的重要部分做了修改。何谓重要部分,必须取决于合同文件的性质。例如,根据1882年《英国票据法》的规定,凡是汇票未经所有当事人同意而擅自做重大修改者,一律无效。



3.5.3 诉讼时效

1. 时效的概念

时效是指根据法律的规定，在一定的期间内，由于一定的事实状态的继续存在，从而引起民事法律关系的消灭或发生的一种法律制度。具体而言，时效是指法律上规定的关于确认法律事实与法律文件发生或消失法律效力的时间范围。对于这个时间范围，不同国家的法律对不同的情况有不同的规定。例如，《联合国国际货物买卖时效期限公约》规定，国际货物买卖中的请求权的时效期限为4年。各个法律领域中均有时效的规定，例如，法律文件的时效；民法上的取得时效（占有时效）与消灭时效（诉讼时效）；刑事方面的追诉时效等。

民事时效的特征或条件有三个：①一定的事实状态的存在是时效制度的前提。例如，非所有人对物的占有，以及权利主体对权利的自行放弃等；②一定的事实状态必须持续一定的期间，如果没有经过一定的期间，时效问题就无从谈起；③必须发生一定的法律效果。例如，买卖合同中，卖方交货不符的事实状态存续到一定的期限以后，导致买方诉讼权的消灭。

时效制度的作用主要有两个方面：①保持社会经济关系的稳定。如果占有他人的财产，经过长时间之后，无人提出异议，法律就承认善意占有人的所有权，嗣后不能再提出异议。②避免在举证上发生困难。因为年代越久远，证据越容易湮没，一旦发生诉讼，搜集证据、提供证据及确认证据都会有很大的困难。因此，法律对行使权利的期间做出一定的限制，超出规定的期间，法律就不再予以保护，使权利人不能长久地不行使其权利，这就是时效制度的要旨。

大多数国家都把时效完成作为消灭合同与其他债的关系的原因之一。例如，《法国民法典》第1234条明文规定，债的关系可以因时效完成而消灭；英美法系的一些国家也把诉讼时效（Limitation of Action）已经完成作为合同消灭的一个重要原因。

大陆法把时效分为两种，即取得时效与消灭时效。取得时效是当事人因某种事实存在而取得某项权利的时间范围。消灭时效是关于诉权的制度，即债权人在诉讼时效期间内不行使权利，其诉权即归于消灭。英美法则没有这种区分。英美法中只有一种时效，就是诉讼时效。

消灭时效成就时的效力包含两个层面：权利本身和请求权（诉权）。对此，各国法律的规定也不同。有的国家认为，在消灭时效完成后，权利本身即归于消灭。例如，《日本民法典》第167条规定，债权经过10年期间不行使而消灭。有的国家则认为，在消灭时效完成后，只是请求权归于消灭，其权利本身依然存在，从而形成没有诉权的权利，即所谓自然之债。对于自然之债，债权人不能向法院请求救济，但是仍然可以向债务人请求履行；债务人可以照常履行，也可以时效完成为由而拒绝履行。《德国民法典》第222条规定，在消灭时效完成后，债务人有拒绝给付的权利；同时也规定，如果请求权已因时效而消灭，



但是债务人仍履行其义务者，虽然因不知消灭时效而为给付，亦不得请求返还。此外，有的国家的法律还规定，法官不得自动援用时效的规定，即当债权人在时效完成后向法院起诉时，法官不得主动地提出以时效已完成作为理由拒绝受理，而只能由被告提出以时效完成作为抗辩的理由，要求法院驳回原告请求。

2. 各国的法律关于时效期间的规定

大陆法各国将消灭时效期间分为普通期间与特别期间两种。普通期间较长，是普遍适用的，特别期间较短，是针对特殊情况制定的，只适用于规定的特殊情况。对于普通消灭时效期间，《德国民法典》与《法国民法典》规定为30年，《日本民法典》规定为20年，《瑞士债务法典》规定为10年。对于特别消灭时效期间，各国法律也均有不同规定。例如，《法国民法典》规定，教师的讲课报酬请求权、旅馆及饭店对住宿费及饮食费的请求权以及工人对工资的请求权，经过6个月不行使即告消灭。英美法国家与大陆法国家的规定不同，1939年《英国时效法》（Limitation Act, 1939）第2条规定，简式合同的时效期间为6年，签字蜡封式合同的时效期间为12年；如果请求权中包括人身伤害的请求权者，其时效期间为3年。美国没有全国统一的时效法律，有关诉讼时效问题，由各州以成文法予以规定。各州对由于违反合同而引起的诉讼的时效期间，有不同的规定。各州大都区别口头合同与书面合同，也分别规定不同的时效期间，多数州将口头合同的诉讼时效期间规定为5年或6年，将书面合同的时效期间规定为10年。《美国统一商法典》对货物买卖合同的时效期间规定为4年。

3. 诉讼时效的起算、中止、中断与延长或缩短

（1）诉讼时效的起算

一般而言，诉讼时效应当从请求权发生时开始计算。具体有以下三种情况：① 如果合同订有履行期，则自履行期到临，债务人不履行义务时开始计算；② 如果合同未规定履行的期限，则从合同成立之日起开始计算；③ 由于侵权行为引起的损害赔偿请求权，从侵权行为发生时开始计算。

（2）诉讼时效的中止

诉讼时效的（Suspension）中止是指权利人在诉讼时效期间内，由于发生了不以其意志为转移的事故，从而阻碍了他向法院起诉，在这种情况下，为了保护权利人的利益，法律允许中止诉讼时效的进行，等该事故消灭以后，时效期间再继续进行，即阻碍权利人不能行使诉权的这段时间，不计入时效期间之内。

值得注意的是，不是在时效期间届满前任何时候发生的意外事故都可中止时效，而是根据法律的规定，在时效期间进行的最后几个月内发生的意外事故才能中止时效的进行。例如，《德国民法典》第203条规定，权利人在时效期间最后6个月内，因为判决休止而妨碍法律上的追诉时，停止消灭时效的进行；因为不可抗力事故而妨碍法律上的追诉时，也应停止消灭时效的进行。又如，《日本民法典》第8条规定，在时效期间届满前6个月内，



未成年人或禁治产者没有法定代理人时，在无能力人成为有能力人或者从法定代理就职时起6个月内，不完成时效。

（3）诉讼时效的中断

诉讼时效的中断（Interruption）是指如果在诉讼时效进行中，发生了法律规定的情况，诉讼时效在该情况终结后重新开始计算，以前经过的时间不再计入时效期间内。时效中断主要有以下三种情况。

1）起诉中断。当权利人向法院提起诉讼，要求法院裁决时，时效中断，法院判决生效时，诉讼时效重新开始计算，起诉前已经过去的期间不再予以考虑。《德国民法典》第209条规定，权利人提起履行或确认请求权之诉时，时效中断。西方各国法律都认为，起诉是引起时效中断的主要原因之一，这点是没有分歧的。但是，对于权利人不向法院起诉，而仅向债务人提出履行合同的请求，这能否产生时效中断的效力，各国法律分歧则较大。多数国家的法律认为，只有向法院起诉才能产生时效中断的效力，如果仅向对方当事人提出履约请求，则不能产生时效中断的效力。但是，《日本民法典》与《瑞士债务法典》则认为，不论权利人向法院起诉还是仅向对方提出履约的请求，均可发生中断时效的效力。

2）承认（Acknowledgment）中断。承认中断是指债务人向债权人承认其债务时，时效中断。各国法律都认为，承认可以产生时效的中断效力。

3）部分履行中断。当债务人向债权人履行其部分债务时，时效亦告中断。债务人支付利息亦产生同样的法律效果。在这种情况下，诉讼时效应从债务人最后付款之日起重新开始计算。

（4）诉讼时效的延长或缩短

双方当事人能否约定变更诉讼时效，各国的法律也有不同的规定。这主要有两种情况：一种情况是，有些国家认为，诉讼时效是强制性规定，不允许当事人予以延长或缩短；另一种情况是，有些国家的法律则认为，时效期间虽然不能延长，但是可以缩短。其理由是，延长时效时间是与时效制度的目的背道而驰的，因为制定时效制度本来就是为了把行使权利的时间限定于法律规定的期间之内，因此，不应当允许当事人通过协议予以延长。但是，缩短时效期间是可以的，因为这样做并不违反时效制度的本旨。《瑞士债务法典》的规定属于第一种情况，其第129条对时效做了强制性规定。《德国民法典》、《美国统一商法典》的规定则属于第二种情况。《德国民法典》第225条规定，消灭时效不得以法律行为抛弃或加重，但可以缩短时效的时间；《美国统一商法典》第2-725条规定，买卖合同的诉讼时效为4年，从诉讼原因发生时开始计算，双方当事人可以在合同中约定将这个期间缩短至1年，但是不得予以延长。

4. 英美法与大陆法在时效制度上的主要分歧


英美法与大陆法在时效问题上的主要不同之处在于，英美法认为时效属于程序法的范畴，所以，英美法将时效称为“Limitation of Action”，意思就是“对诉讼的限制”。而大陆



法则认为时效属于实体法,是在民法典或商法典中加以规定的。在涉外民事诉讼中,特别是在对外贸易合同的诉讼中,这种区别可能会产生一些意想不到的后果。因为在这种诉讼中,双方当事人分属于不同的国家,因此就产生了这样一个问题:这项合同应当受哪个国家的法律支配?应当适用哪个国家的法律?这个问题在西方国家称为法律冲突(Conflict of Law),它属于国际私法的研究对象。西方国家都有一些规则处理这种问题,这种规则称为法律冲突规范(Conflict of Law),其中有一条叫作“诉讼程序依法院所在地”原则。这就是说,凡是属于程序法方面的问题,均必须根据法院所在地的程序法的有关规定办理,其理由是,程序法或诉讼法属于公法范畴。由于英美法与大陆法在时效制度上有不同的规定,所以可能出现下列情况:如果一个法国人与一个英国人签订了一项适用法国法律的合同,而当事人在英国向英国法院提起诉讼,按照“诉讼程序依法院所在地”原则,关于诉讼时效的问题就必须根据英国的时效法处理,因为英美法认为,诉讼时效属于程序法,必须适用法院所在地的诉讼程序法,而不能适用《法国民法典》有关时效的规定。即使根据《法国民法典》有关时效的规定时效尚未完成(根据其民法典规定普通时效为30年),但是,根据英国有关时效的法律,认为当事人的诉讼时效已过(根据英国时效法的规定,简式合同的时效为6年,签字蜡封式合同的时效为12年),当事人不能再向英国法院主张其请求权了。

5. 联合国项下相关公约对与国际货物买卖有关的时效规定

为了协调各国对时效期限的规定差异,统一国际货物买卖的时效规则,促进国际经济的交往和国际贸易的发展,联合国贸易法委员会做了大量工作,起草了一项《国际货物买卖时效公约》,该公约于1972年在第五届“贸法会”上通过了公约草案。1974年6月14日,在纽约联合国总部召开了外交会议,订立了《联合国国际货物买卖时效期限公约》(以下简称《时效公约》)。1980年4月,在维也纳召开的制定《联合国国际货物销售合同公约》的外交会上,为使《时效公约》符合此公约,还通过了《联合国国际销售时效期限公约的议定书》,主要在《时效公约》的适用范围上做了修订,使之与《联合国国际货物销售合同公约》的适用范围相符,以便于在实际中应用。《时效公约》与1980年《修正〈时效公约〉议定书》于1988年8月1日生效。《时效公约》的主要内容如下。

 **提示** 《时效公约》第一次在国际上为国际货物买卖中的时效期限做了较为详细的统一规定。

(1) 关于时效的定义与适用范围

《时效公约》规定的时效期限是指与“合同”有关的请求权的消灭期限。这种请求权既可以由“合同”本身规定而产生,也可以在履行“合同”中因违反“合同”、终止“合同”,或因“合同”失效而产生。这些请求权只能在有关“合同”或《时效公约》规定的期限内行使,规定的期限届满以后,便不能行使这些请求权。因此,请求权的行使期限便是《时



效公约》所指的时效期限。《时效公约》的适用范围与《联合国国际货物销售合同公约》适用的范围是一致的。

（2）关于时效期限及其起算与计算

《时效公约》规定，国际货物买卖中的请求权的时效期限为4年，时效期限的起算日期也因情况不同而有所不同。《时效公约》规定起算时效的总原则是，自请求权产生之日起计算时效，同时又做了以下具体规定：

- 因违约而发生的请求权，违约行为发生之日为该请求权产生之日；
- 所交货物有缺陷或不符合合同规定，实际交货之日或买方拒收之日为请求权产生之日；
- 对于诈欺行为，在该诈欺行为被发现，或者理应被发现之日为请求权产生之日；
- 对因保证期而引起的请求权，在保证期内，由买方将事实通知卖方之日为请求权产生之日；
- 声明终止合同的请求权，做出此声明之日为请求权产生之日；
- 对分期交货或分期付款的请求权，自每期违约行为之日起计算请求权时效。《时效公约》规定的计算时效的方法是，起算之日的对应日期为时效的届满日期，如果届满日期为节假日的，可以顺延。

（3）关于时效期限的变更与延长

《时效公约》规定的停止计算时效与重新计算时效，实际上都变更了时效的期限，但是这种变更的权利不属于当事人。根据《时效公约》的规定，合同当事人要想延长时效期限，只有一种情况，那就是在时效期限届满以前，被请求的一方当事人（债务人），可以向请求的一方当事人（债权人）提出延长时效期限的书面声明，声明可以是多次的。除此之外，合同当事人无权以声明或其他协议的形式变更公约规定的时效期限。《时效公约》规定，在任何情况下，时效期限自起算之日起不得超过10年。

（4）关于时效期限的中止与中断

《时效公约》规定，如果发生下列情况，则时效期限中止：

- 债权人依法向法院提起诉讼，或者根据仲裁协议提起仲裁；
- 债务人死亡或丧失权利能力；
- 债务人破产或无清偿能力；
- 法人解散或清算。

《时效公约》规定，在下列情况下，时效期限中断：

- 债务人营业所所在国家的法律规定时效期限中断时，即开始一个新的4年时效期限；
- 在时效期限内，当债务人以书面形式向债权人承认其所负债务时，自承认之日起时效期限中断。



（5）关于时效期限届满的后果

《时效公约》规定，在时效期限届满后，不消灭实体权利，只消灭在诉讼上债权人对债务人的请求权。时效期限届满后，债权人无权提起诉讼或仲裁，但是有权接受债务人不知时效期限已届满而偿还的债务，有权拒绝债务人要求退还已经偿还债务的请求，也有权以请求权为理由抗辩或抵消债务人的请求权。

本章小结

合同法所指的合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。合同具有四个特点：是双方的民事法律行为；是当事人意思表示一致的协议；其内容明确了当事人的权利和义务；具有法律约束力。

各国合同法规定的合同有效成立的要件主要有：当事人必须具有缔约能力；意思表示必须真实；必须通过要约和承诺达成协议；必须有对价或合法的约因；标的和内容必须合法；必须符合法律规定的形式要求。

合同的履行对整个合同而言至关重要，它是当事人订立合同的目的所在。各国法律对合同履行的原则、合同履行中的抗辩权以及合同条款的补缺都做了相关规定。

依法成立的合同对当事人双方均有法律约束力，除非发生了法律规定的免责事由，任何一方未按约定履行合同义务，都应承担相应的违约责任。各国法律及国际立法针对不同形式的违约规定了实际履行、损害赔偿、违约金、解除合同等救济方法，来弥补未违约方因此所遭受的损失。

合同的消灭是英美法的概念，大陆法只对债的消灭的原因做了规定，我国《合同法》则使用了“合同的权利义务终止”的概念。导致合同消灭的原因主要有：清偿、免除、提存、抵消、混同、合同解除等。

复习思考题

1. 如何认识要约与要约邀请的区别？
2. 如何看待逾期承诺的效力？
3. 实践中，如何运用合同履行中的抗辩权？
4. 假设你是合同一方当事人，现在对方违约，你可采用哪些违约救济方法来维护自己的合法权益？

5. 中国的甲公司应美国的乙公司请求，发出出售某优质木材 10 000 立方米的要约。乙公司接到要约后，立即回电，要求甲公司增加数量，降低价格，并延长要约的有效期。甲公司最后将产品的数量增至 15 000 立方米，价格每立方米降低 1 000 元，并将有效期延长至 6 月 26 日。乙公司接到要约后，立即组织资金，于 6 月 25 日上午将资金汇至甲公司



的账户上。甲公司于6月25日下午回电话给乙公司，“货已卖与他人”。乙公司接到电话后，立即要求甲公司继续履行合同。经查，甲公司尚存20 000立方米该种优质木材。

(1) 乙公司要求增加数量、降低价格的行为是否属于承诺？

(2) 乙公司的承诺是否有效，为什么？

(3) 甲、乙公司之间的合同是否成立，为什么？

(4) 乙公司要求甲公司继续履行合同的要求是否合理？是否还能采取其他的救济方法？

6. 2014年，美国甲公司与中国乙公司签订购销大米的合同。合同约定：数量为4万吨，合同总金额125万美元，在中国上海港交货。由于乙公司货源紧缺，双方约定先交付2万吨，其余推迟至次年交货。次年恰逢中国发生特大洪涝灾害，于是乙公司以不可抗力为由，要求免除交货责任。但乙的要求遭到对方的拒绝，并称该商品市场价格上涨，由于乙公司未交货已使其损失40万美元，要求乙公司无偿供应其他种类粮食以抵偿其损失，遭到乙公司的拒绝。对此，甲公司根据仲裁条款规定向中国的仲裁机构提出仲裁，强调乙公司所称不可抗力的理由不充分，并指出如乙方不愿以其他粮食抵兑其损失，就坚持索赔损失40万美元。在仲裁机构调解下，双方经过多次协商，以乙公司赔偿甲公司15万美元告终。假设你是仲裁员，请判断：

(1) 乙公司的抗辩事由是否成立？

(2) 该合同的违约赔偿额应如何确定？

7. 韩国籍李昌镐同学因父母为上海某大学的访问学者而就读于其住处附近的A小学。某日，李昌镐同学的父母通过A小学向某保险公司购买了1年期的住院保险。半个月后，李昌镐同学因急性肺炎住院，花去了人民币18 000元。该保险公司拒绝支付该笔费用，理由是保险合同中的免责条款规定：被保险人在投保后3个月内住院的，保险公司免责。

请问保险公司的拒付理由在合同法中是否成立？为什么？

8. N是一位伊朗公民，在意大利同姐夫E一起开设了一家五金店。E声称五金店申请贷款需要签署一项文件，尽管N会读写意大利语，却未注意该文件用意大利文大写的“本票”二字，也就是说，N被引诱签发了一张付给第三人20 000里拉的本票。当第三人要求N兑现本票时，N以存在欺诈作为该本票无效的抗辩理由。

(1) 根据合同法，N是否能提出以上的抗辩理由？为什么？

(2) 如果针对第三人的抗辩遭到驳回，N可以对E提出哪些合同法上的救济？为什么？



引导案例

造成违约后应采取怎样的救济措施

【案情介绍】

2014年3月6日,德国的S公司与美国W公司签订了由前者向后者销售M规格600台冰箱的合同,规定每台纽约到岸价1200美元,隔2个月共6批,每批交100台,当年4月底第一批货物得到了顺利的交接,第二批货物却由于S公司错发规格被退回。由于竞争激烈及经济危机等原因,以上第一批货物在被W公司收取后的2个月内仅售出35台。2014年7月16日,W公司正式向S公司发出通知称:鉴于S公司存在违约交货情况,W公司决定取消今后各批次的冰箱订购,并退回第一批余货。

【法律问题】

在这个案例问题中,涉及的法律问题主要是,W公司针对S公司第二批货物的违约行为可采取哪些救济措施。

【法理分析】

《联合国国际货物销售合同公约》将违约分为实际违约和预期违约、根本违约和非根本违约等类型。实际违约是指违约事实已经发生的违反合同的情形。预期违约是指在合同规定的履行期限开始之前,一方有充分理由相信另一方在履行期限开始时将不履行其合同义务的情形。根本违约是指一方当事人违反合同的结果,使另一方当事人蒙受损失,以至于实际上剥夺了受损方根据合同有权期待利益的情形,除非违反合同的一方并不预知而且一个通情达理的人处于相同情况下没有理由预知这种结果。不同类型的违约,守约方可采取的救济方式是不同的。根据《联合国国际货物销售合同公约》,如果不履行合同的一方能够证明其不履行义务的原因是由于某种非他所能控制的障碍,并且对于这种障碍,他并不能在订立合同时考虑到或能避免它的后果时,他就可以不承担损害赔偿 responsibility。

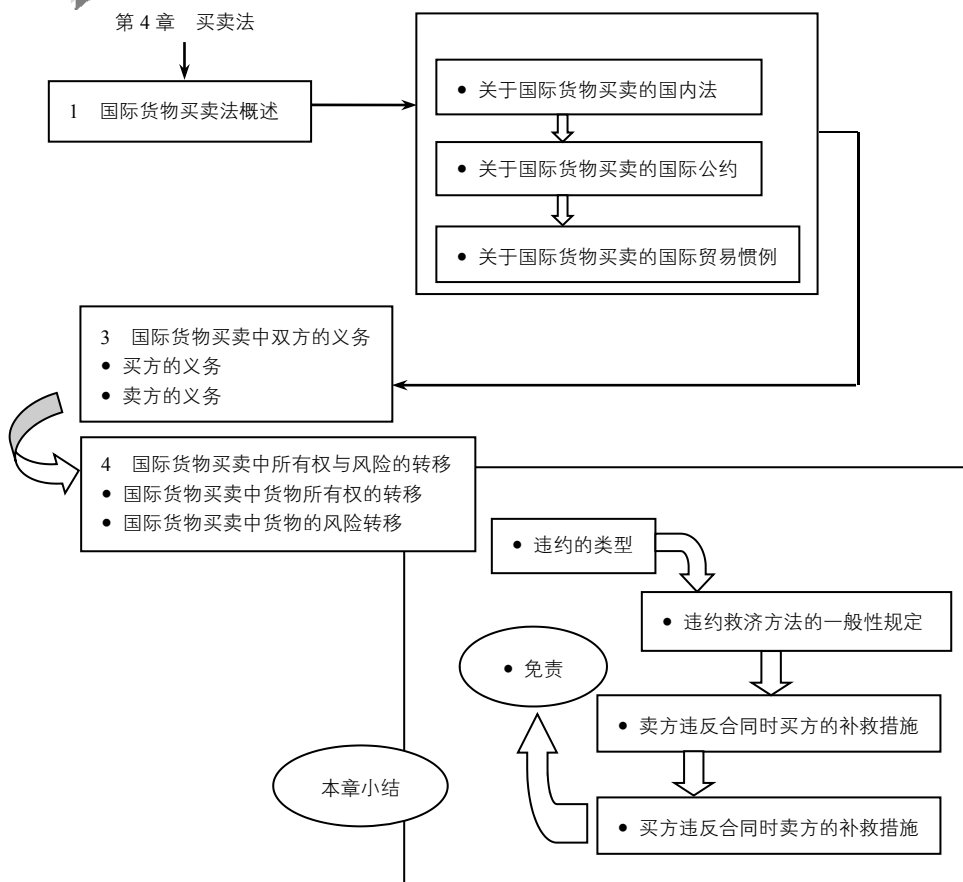
(资料来源:张圣翠. 国际商法(第六版)[M]. 上海:上海财经大学出版社,2012.)



学习目标

- ◆ 素质目标：能够了解国际货物买卖中买卖双方的交易法律关系，对国际货物买卖中的交易事项有比较敏锐的观察力和分析力。
- ◆ 知识目标：熟悉国际货物买卖中的相关概念和法律规定，以及买卖双方的权利和义务；认识货物买卖合同在履行过程中违约的类型及违约救济方法、条件和策略。
- ◆ 技能目标：依据国际货物买卖双方的规定的一般义务的规定，能在商事法律关系中灵活地运用相关法律规范，保护当事人的合法权益。
- ◆ 能力目标：具有按照各国买卖法的规定缔结国际买卖合同、对合同变化所发生的法律后果做出较准确的把握和处理的能力。

学习导航





4.1 国际货物买卖法概述

国际货物买卖是指具有国际性因素的以支付价金的方式换取货物所有权的交易行为。将国际货物买卖关系纳入法律的范畴中进行调整的规范性文件总称为国际货物买卖法。

国际货物买卖法律关系的核心内容是合同双方当事人的权利义务关系。根据合同法“意思自治”的原则,《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《销售公约》)及各国的买卖法或合同法关于买卖双方当事人的权利义务的规定,都属于非强制性的规定。当事人双方可以根据合同的需要和自己的意志做出不同于法律的规定并排除法律的适用,只有当买卖合同对某些事项没有做出规定时,包括《销售公约》在内的各项法律才有适用的可能,也才能援引相关的法律规定来确定买卖双方当事人的权利与义务。

为保证国际货物买卖合同的顺利履行和合同目的的实现,合同中所涉及的双方权利义务通常是具体而详尽的,其中最为基本的是卖方获取货物价款的权利和交付货物的义务,以及买方获取货物的权利和支付货款的义务,当然还包括为彻底实现双方的权利所必须履行的一些义务,如为使买方获取货物的权利完全实现,卖方还必须在交付货物的同时或此后的一段合理时间内将代表货物的单证及货物的所有权移交给买方,或者为了方便卖方履行交付义务,买方必须及时受领货物等。由于国际货物买卖合同是典型的双务合同,一般而言,在合同的履行过程中,一方的权利就构成了对方的义务,而对实现合同目的来说,确定并履行合同义务才是具有决定性意义的。

4.2 国际货物买卖适用的法律

4.2.1 关于国际货物买卖的国内法

1. 大陆法

在大陆法系中,有些国家采取民商分立的立法形式,有些国家则采取民商合一的立法形式。采取民商分立的国家,除在民法典中对货物买卖做了一般性规定外,还在商法典中对商事买卖做了专门的规定。在这些国家,商事买卖应遵循民法典中的一般原则。除了民法典外,商法典专门就商行为、海商、保险、票据或公司等方面的法律,分别做出具体的规定。这些国家采取民法与商法分立的做法,把民法与商法分别编纂为两部法典,以民法为普通法,以商法作为民法的特别法;民法的一般原则可以适用于商事活动,但如属商法另有特别规定的事项,则应适用商法的有关规定。法国、德国、日本等国家采用这种立法体例。采取民商合一的国家,只有民法典而没有单独的商法典,如意大利就只有民法典,瑞士只有债务法典。它们只在民法典或债务法典中设立了有关货物买卖的规定。因此,在民商合一的国家,其货物买卖法的表现形式比较单一。



2. 英美法

英美法系关于货物买卖的法律是由两种形式的法律组成的：一种是判例法，货物买卖的一般法律原则均是由法官的判例确立的；另一种是成文法，具有代表性的是英国的《货物买卖法》（Sale of Goods Act）和《美国统一商法典》（Uniform Sale of Goods Act）。

英国《货物买卖法》是英国立法机关于1893年在总结英国数百年来货物买卖的判例基础上制定的。该法自公布以来曾多次进行过修改，现行的是1979年的修订本。1893年英国《货物买卖法》为英美各国制定各自的买卖法提供了一个样板。1906年的《美国统一货物买卖法》就是以1893年英国货物买卖法为蓝本制定的。该部买卖法曾被36个州所采用，但是随着时间的推移，它已经不能适应美国经济发展的需要，因此，从1942年起，美国统一州法全国委员会与美国法学会着手联合起草一部新的《美国统一商法典》，并于1952年颁布，其后曾做多次修改，现在生效的是1988年的修订本。该法典第2篇的题目就是“买卖”，是该法典10篇条文的中心与重点，其内容之详尽在世界各国的买卖法中堪称之最。“买卖”篇的一个重要特点是，从过去的统一货物买卖法强调所有权转向强调债权。该篇共分7章，包含104条规定，是《美国统一商法典》各篇中篇幅最长的一篇，内容相当丰富。该篇既属于买卖法范畴，是规范以商品买卖为目的的合同所产生的买卖双方权利与义务的法律制度，同时又包含了许多合同法的内容，对买卖合同的成立、履行、变更与解释等一系列重要问题做出详细、具体的规定，集中概括了美国合同法的主要规定。由此可以说，该法典的第2篇是商业活动中最重要的规范。但值得注意的是，该法典是州法而不是联邦法，因为美国是联邦制国家，联邦与各州都在宪法规定的范围内享有立法权。根据美国宪法的规定，有关贸易方面的立法权原则上属于各州，联邦只对涉及洲际贸易与国际贸易的事项享有立法权。该法典是由一些法律团体（美国统一州法委员会和美国法学会）起草，供美国各州自由采用的一部法律样本，它的法律效力完全取决于各州的立法机关是否予以采纳。由于该法典能适应当代美国经济发展的要求，因此到1990年，美国各州都通过各自的州的立法程序，采用或部分采用了该法典，使它成为本州的法律，但有的州并不是全部采用，而只是部分采用。例如，保持大陆法传统的路易斯安那州就没有采用该法典的“买卖”这一篇。

3. 中国法

中国调整国际货物买卖关系的法律主要包括以下几种：

① 1986年颁布的《民法通则》第四章第一节关于民事法律行为的规定，第五章第二节关于债权的规定，以及第六章有关民事责任的规定，都与货物买卖密切相关。其规则不仅适用于国内货物买卖，也适用于国际货物买卖。

② 1999年颁行的《合同法》，其总则的有关原则与分则的第九章“买卖合同”的规定对与我国有关的国际货物买卖合同是完全适用的。《民法通则》与《合同法》是普通法与特别法的关系，即《民法通则》是普通法，《合同法》是特别法。从法理上看，在适用时，依



照特别法优于一般法原则,凡《合同法》有具体规定时,优先适用《合同法》,《合同法》未做具体规定时,适用《民法通则》的有关规定。

③ 中国最高人民法院的有关司法解释。

4.2.2 关于国际货物买卖的国际公约

1. 《国际货物买卖统一法公约》和《国际货物买卖合同成立统一法公约》

为了解决各国在货物买卖法方面存在的分歧,避免在国际经济交往中引起法律冲突,协调和统一各国关于国际货物买卖的实体法,1930年罗马国际统一私法协会(UNIDROIT)决定拟订一项有关国际货物买卖统一法。后来,因为第二次世界大战爆发,这项工作一度中断。战后,该协会继续进行这项统一法的起草工作。终于,在1964年的海牙会议上,正式通过了《国际货物买卖统一法公约》和《国际货物买卖合同成立统一法公约》。前者于1972年8月18日生效,批准或参加该公约的有比利时、冈比亚、联邦德国、以色列、意大利、荷兰、圣马力诺和英国8个国家;后者于同年8月23日生效,在上述8个国家中,除了以色列外,其他国家均批准或参加了这项公约。但上述两项公约在国际上并没有被广泛接受和采用,这主要是因为,许多国家认为这两项公约受欧洲大陆法传统的影响较多,内容比较烦琐,有的概念比较晦涩难懂。因此,在其通过后的40多年来,参加的国家寥寥无几。这个事实表明,上述两项公约未能达到其预期目的,没有能够起到统一国际货物买卖法的作用。

2. 《联合国国际货物销售合同公约》

由于1964年海牙会议通过的两项公约都未能达到统一国际货物买卖立法的预期目的,联合国国际贸易法委员会决定重新制定一部新的国际货物买卖法公约。为此,该委员会于1969年成立了专门工作小组,其任务是修改1964年的两部公约,使其更具广泛性,以便使它得到不同社会制度、经济制度和法律制度的国家的广泛接受。工作小组于1978年完成了起草新公约的任务,将新公约定名为《联合国国际货物销售合同公约》。该公约于1980年3月在维也纳召开的由62个国家代表参加的外交会议上获得通过,并于1988年1月1日生效。《销售公约》包括序言和4个部分,共101条。第一部分,适用范围;第二部分,合同的订立;第三部分,货物买卖;第四部分,最后条款。《销售公约》吸取了大陆法系与英美法系中合理的、易于为世界各国接受的法律观念,并且关于合同的订立和对买卖双方权利和义务的规定,基本上是公平的,因此截至2010年,《销售公约》的缔约国已达76个国家。其中,既有大陆法系国家,也有英美法系国家;既包括了欧洲国家,也包括了北美洲、南美洲、非洲和亚洲的国家;既包括了发达国家,也包括了发展中国家;既包括了资本主义国家,也包括了社会主义国家。以上事实说明,《销售公约》在国际性方面远远超过了1964年的两个公约,基本实现了预期的目的。

上述国家在批准加入《销售公约》时,大都对《销售公约》的某些规定发表了不同的



声明或提出了不同的保留。中国是在1986年成为《销售公约》缔约国的。中国在核准该《销售公约》时，也提出了以下两项重要的保留：

（1）关于采用书面形式的保留

《销售公约》第11条规定：“买卖合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制。买卖合同可以用包括人证在内的任何方法证明。”但是，中国政府在提交批准书加入该公约时，对《销售公约》的这一条款提出了保留。这表明当时中国不承认书面形式以外的其他合同形式。《中华人民共和国合同法》（已失效）第7条规定，订立涉外经济合同（包括国际货物买卖合同）必须采用书面形式。中国最高人民法院原《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》也规定，涉外经济合同未采用书面形式的，是无效合同。但是，1999年颁布的《合同法》第10条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”这已经与《销售公约》第11条的规定相一致，我国对《销售公约》的这一保留基本上已没有意义了。

（2）关于公约适用范围的保留

根据《销售公约》第1条第（1）款（a）项的规定，如果合同双方当事人的营业地是处于不同国家，而且这些国家都是该公约的缔约国，则该公约就适用于它们之间所订立的货物买卖合同。对于这个规定，中国表示接受。但该款（b）项又规定，只要双方当事人的营业地处于不同的国家，即使它们双方或其中一方的营业地所在国并非是公约的缔约国，但如果按照国际私法冲突规则将会导致适用某一缔约国的法律，则该公约也适用于这些当事人之间所订立的货物买卖合同。这项规定意在扩大公约的适用范围，但由于该规定限制了缔约国有关国内法的适用，故中国在核准该公约时，对（b）项规定提出了保留。



提示 中国政府认为《联合国国际货物销售合同公约》仅限于营业地分处于不同缔约国的当事人之间所订立的货物买卖合同。

4.2.3 关于国际货物买卖的国际贸易惯例

1. 《国际贸易术语解释通则》

《国际贸易术语解释通则》（International Rules for the Interpretation of Trade Terms）是国际商会于1936年制定的。后来，为使贸易术语适应现代科学技术和国际运输方式发展变化的需要，国际商会又于1953年、1967年、1976年、1980年、1990年、2000年和2010年先后7次对其进行了修订和补充。现行的《2010年国际贸易术语解释通则》于2011年1月1日实施。该通则在《2000通则》基础上做了较大的修改，取消了“船舷”的概念，贸易术语总数从13个减少到11个，增加了连环销售规则，提出了安全信息义务，强调《2010通则》也可以适用于国内贸易。国际贸易术语解释通则的所有解释对买方与卖方体现出中立性原则，该通则已经在国际上得到广泛的认可和采用，是国际货物买卖最重要的贸易惯例之一。



2. 美国《1941年对外贸易定义修正本》

美国 1941 年修订的《对外贸易定义修正本》(Revised American Foreign Trade Definition, 1941), 对美国在对外贸易中经常使用的贸易术语做了解释, 具体规定了在各种不同的贸易术语中买卖双方交货方面的权利与义务。对 FOB 这一术语的解释, 它同国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》所做的解释有较大的区别。美国的这项对外贸易定义在南北美洲各国有一定影响。

3. 《华沙—牛津规则》

国际法协会于 1928 年在华沙制定了《CIF 买卖合同统一规则》, 其后曾进行了多次修订, 最后一次修订是于 1932 年在牛津进行的。因这一规则首次制定地和最后一次修订地分别是华沙和牛津, 故又称《华沙—牛津规则》(Warsaw-Oxford Rules)。该规则共有 21 条, 完全是针对“成本加运费、保险费合同(CIF)”制定的, 它对 CIF 合同中买卖双方所承担的责任、费用与风险做了详尽的规定, 曾在国际上有较大的影响。但目前由于《国际贸易术语的解释通则》的普遍采纳, 该规则已经基本失去影响。

4. 《国际商事合同通则》

《国际商事合同通则》(Principles of International Commercial Contracts, PICC)(以下简称《商事通则》)是国际统一私法协会历经十余年, 组织世界各主要法律体系的代表共同研究并于 1994 年 5 月编撰的, 分别于 2004 年和 2010 年做了较大的修改。它是一部关于国际商事合同(包括国际货物买卖合同)的重要规则, 可为各国立法参考, 为司法、仲裁所适用。2010 年版《商事通则》与 2004 年版《商事通则》相比变化较大, 条款数量由 2004 版的 10 章 185 项条文增加到 2010 版的 11 章 211 项条文及相关注释。第一章, 总则(12 条); 第二章, 合同的订立与代理人的权限(32 条); 第三章, 合同的效力(23 条); 第四章, 合同的解释(8 条); 第五章, 合同的内容、第三方权利与条件(20 条); 第六章, 合同的履行(20 条); 第七章, 不履行(32 条); 第八章, 抵消(5 条); 第九章, 权利的转让、债务的转移与合同的转让(30 条); 第十章, 时效期间(11 条); 第十一章, 多方债权人和债务人(17 条)。《商事通则》规范国际贸易的合同内容不仅包括有形贸易还包括无形贸易, 它所适用的国际商事合同类型, 既有国际货物销售合同, 又有国际服务贸易合同和国际知识产权转让合同, 即适用于国际商事合同的全部。

《商事通则》虽然不是一个国际性公约, 不具有强制性, 完全由合同当事人自愿选择适用, 但是, 由于它尽可能地兼容了不同文化背景 and 不同法律体系的一些通用的法律原则, 同时还总结和吸收了国际商事活动中广为适用的惯例和规则, 因而对于指导和规范国际商事活动(包括国际货物买卖)具有很大的影响力。

此外, 国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》和《托收统一规则》也是与国际货物买卖有关的国际贸易惯例。这两项惯例主要涉及国际货物买卖支付中各有关当事人的义务, 已被世界各国银行广泛接受和采用。



必须指出的是，上述各项国际贸易惯例并不具有普遍约束力，双方当事人可以采用，也可以不予采用，这完全由当事人决定。只有当双方当事人在他们订立的国际货物买卖合同中规定了采用某种国际贸易惯例来确定他们之间的权利、义务时，该项惯例才适用于该合同并对当事人产生约束力。但由于国际上对国际贸易惯例的解释已达到相当高度的统一，并且适用国际贸易惯例不仅可使本国的国际货物买卖不受外国法律的管辖，同时也是解决各国法律分歧的好办法，因此，接受国际贸易惯例已成为当前国际上的一种趋势。

4.3 国际货物买卖中双方的义务

由于货物买卖合同是一种双务合同，合同一经成立，买卖双方都有责任履行其依据合同所应承担的义务。在买卖合同中，卖方的基本义务是交货，买方的基本义务是接受货物与支付货款。除合同另有约定外，卖方的交货义务与买方的付款义务是一项对流条件（Concurrent Condition），双方均应同时地履行各自的义务。围绕货物买卖合同的双方当事人所必须履行的义务是货物买卖法的核心问题。

提示 一般来说，《联合国国际货物销售合同公约》关于买卖双方义务的规定，都是属于非强制性的规定。双方当事人可以排除其适用或做出不同的规定，只有当买卖合同对某些事项没有做出规定，而该合同又适用该公约时，才能援引公约的有关规定来确定买卖双方当事人的权利与义务。

4.3.1 卖方的义务

根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定，卖方的基本义务是，必须按照合同和《销售公约》的规定交付货物，移交一切与货物有关的单据，并转移货物的所有权。同时，为了满足双方订立合同目的的实现，各国法律和《销售公约》一般还规定，卖方对所交付的货物的品质以及第三方的权利要求负有担保的义务。现将各国法律及《销售公约》中有关卖方义务的主要规定介绍如下。

1. 关于交货的时间

交付货物（Delivery）一般是指卖方按照约定向买方提交货物的行为，其通常具有使货物所有权从卖方实际地转移给买方的效力。交货时间是一个关乎经济成本利益的问题，因此，如果合同中没有对交货时间做出明确规定或者双方对这一时间的理解产生了分歧，那么就应该寻求有关法律或《销售公约》的解释。事实上，由于各国立法的利益保护倾向不同，因此对于这一问题的规定也不尽相同。

（1）大陆法

按照大陆法系各国法律的规定，如果买卖合同对交货的时间没有做出具体的规定，买方有权要求及时交货，卖方也有义务在合同成立后及时交货。同时，大陆法认为，履行的



期限是为债务人的利益而定的,因此,在合同规定了履行期限的情况下,买方不能要求卖方在履行期限到来之前交货,但卖方有权提前交货。例如,《德国民法典》规定,合同订有履行期限者,债权人不得于期限前请求给付,但债务人得于期限到临之前履行其给付。不过,债务人在履行债务时,必须遵守诚实信用原则,即如果债务人(卖方)打算提前交货,应当事先通知债权人(买方),若突然提前交货,使债权人来不及做好受领货物的准备,则债权人可不负拒领货物的责任。

(2) 英美法

英美法系国家的有关法律以“合理时间”作为合同未规定交货时间的解决方法,如美国《统一商法典》第2~309条第(a)款规定:“如本章未做规定,当事人又未做约定,合同上指的发货时间或交货时间或其他合同规定的行为的时间应为合理时间。”英国《1979年货物买卖法》第29条第(b)款规定:“如果买卖契约规定卖方必须将货送到买方,但对送交时间并无规定时,卖方应在合理时间内履行之。”“合理时间”应视具体的交易状况而定。

(3) 中国法

中国的《合同法》第62条第(4)款及第61条综合了两大法系对交货时间的要求,规定合同生效后,对履行期限不明确的,可以协议补充或者依照有关条款或交易管理规定;如果仍不能确定,则债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应给对方必要的准备时间。同时在买卖合同的专章中规定,货物在订立合同之前已为买受人占有的,合同生效的时间为交付时间。

(4) 《联合国国际货物销售合同公约》

《销售公约》将合同的交货时间区分为具体的日期和一段时间,认为在合同没有约定也不能确定具体日期时,如果合同规定有一段时间,或从合同中可以确定一段时间时,除非情况表明应由买方选定一个日期外,应当在该段时间内任何时候交货;而在其他情况下,应在合同订立后的一段合理时间内交货。《国际商事合同通则》第6.1.1条附和了《销售公约》的这一规定,并在第6.1.2条做了补充规定,如果合同义务能够一次履行,那么当事人必须在上述原则确定的时间内一次履行其全部合同义务,而不能以分期履行延迟履行的时间。按照一般的国际实践,“合理时间”是作为事实由法院或仲裁庭根据货物的性质及合同的其他规定来决定的。

2. 关于交货的地点



提示 交货地点关系到买卖双方风险和费用的分担问题。

(1) 大陆法

按照大陆法的规定,卖方履行交货义务的地点应当是合同规定的地点。如果买卖合同未指定地点,则视所交付的货物是特定物还是非特定物来确定交货的地点。

1) 如果买卖合同所交付的标的物是特定物,根据法国、日本和瑞士法律的规定,卖方



应在订约时该特定物的所在地交货。

2) 如果买卖合同所交付的标的物是非特定物, 根据法国、德国的民法典和瑞士的债务法典的规定, 应于卖方营业所所在地交货, 但《日本民法典》规定应于买方的营业地交货。

(2) 英美法

按照英国法, 如买卖合同中没有规定交货的地点, 一般应在卖方的营业地点交货。如果买卖合同的标的物是特定物, 而且买卖双方在订约时已经知道该特定物在其他地方者, 则应该在该特定物的所在地交货。

(3) 中国法

中国《合同法》考虑到其适用的范围, 因此在第 141 条和第 61 条规定, 如果当事人无法确定交付货物的地点, 可以适用以下三种方法: 第一, 如果货物需要运输, 卖方应将货物交付给第一承运人以交运给买方。第二, 如果货物不需要运输, 卖方和买方在订立合同时知道货物在某一地点的, 卖方应在该地点交付货物; 不知道货物在某一地点的, 应当在卖方订立合同时的营业地点交付货物。第三, 交付不动产的, 在不动产所在地履行; 交付其他的, 在卖方所在地履行。

(4) 《联合国国际货物销售合同公约》

如果买卖合同对交货地点已有规定, 卖方应按合同规定的地点交货。如果合同对交货地点没有做出规定, 根据《销售公约》第 31 条的规定, 卖方应按下述三种不同情况履行其交货义务。

1) 如果合同没有规定具体的交货地点, 而该合同又涉及货物的运输, 即要求卖方把货物运送给买方。如铁路交货合同、装运港船上交货合同等, 卖方的交货义务就是把货物交给第一承运人。即使这批货物需要经过两个以上的承运人才能运到买方, 但卖方只需把货物交给第一承运人, 即认为已履行交货义务。

2) 如果买卖合同既没有规定具体的交货地点, 又不要求卖方把货物运送给买方, 即合同中未涉及卖方应负责运输事宜, 则按照《销售公约》的规定, 如果该合同出售的货物是特定物, 或者是从某批特定的存货中提取的货物, 或者是尚待加工生产或制造的未经特定化的货物 (例如, 买卖的货物将在某地某间工厂加工制造), 而双方当事人订立买卖合同时已经知道这些货物存放的地点, 或者已经知道它们将在某个地点生产或制造, 则卖方应在该地点把货物交给买方处置。

3) 在上述情况外的其他情况下, 卖方的交货义务是在其订立买卖合同时的营业地点把货物交给买方处置。交给买方处置, 是指卖方采取一切必要的行动, 让买方能够取得货物。如果卖方已把货物交给仓库或承运人照管, 则卖方将有关单据交给买方, 如提单或仓库单据, 即认为已将货物交给买方处置。

但是, 《销售公约》的上述规定只有在买卖合同对交货地点没有做出规定时才适用。如果双方当事人已经使用某种贸易术语明确规定了交货的地点, 则卖方的义务就不是将货物



交到第一承运人或在特定货物的所在地交货，而是应当把货物交到指定地点。

3. 提交有关货物的单据

(1) 《联合国国际货物销售合同公约》

在国际货物买卖中，装运单据具有十分重要的作用。它们是买方提取货物、办理报关手续、转售货物以及向承运人或保险公司请求赔偿所必不可少的文件。按照国际贸易惯例，在大多数情况下，卖方都有义务向买方提交有关货物的各种单据。正因为单据如此重要，所以《销售公约》规定了移交单据的义务。《销售公约》第34条规定，如果卖方有义务移交与货物有关的单据，则其必须按照合同规定的时间、地点和方式移交这些单据。《销售公约》还规定，如果卖方在规定的时间内已移交相关单据，则其可以在这个时间到达前修改单据任何不符合合同规定的情形，但卖方行使这项权利不得使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支，并且买方有保留按《销售公约》规定请求赔偿的权利。

(2) 中国法

中国《合同法》第135条规定：“出卖人应当履行向买受人交付提取标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。”第136条规定：“出卖人应当按照约定或交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。”

4. 卖方的品质担保义务

所谓品质担保，是指卖方所交付的货物应与合同规定的数量、质量和规格相符，或在没有约定时按照法律规定的货物所应具备的通常品质提交货物的义务。通常，卖方的品质担保义务可以区分为明示担保（Express Warranties）和默示担保（Implied Warranties）。一般来说，如果买卖合同对货物的品质规格已有具体的规定，则卖方应该按合同规定的品质、规格交货，即为明示担保；如果合同对货物的品质规格没有做出具体规定，则卖方应按合同应适用的法律的有关规定办理，即为默示担保。

(1) 大陆法

大陆法系将品质担保称为瑕疵担保。大陆法系的《德国民法典》规定，卖方应对买方保证其出售的货物在风险责任转移于买方时不存在失去或减少其价值，或降低其通常的用途或合同规定的使用价值的瑕疵；并且规定，卖方应担保货物在风险责任转移于买方时确实具有他所担保的品质。但是，如果买方在订立买卖合同时，已经知道出售的货物确有瑕疵者，或买卖标的是根据质权以公开拍卖的方式出售的，则卖方可以不负瑕疵担保的责任。

(2) 英美法

英美法系对于货物品质担保责任的规定比大陆法系更加详细。其中有代表性的是英国《货物买卖法》与《美国统一商法典》的有关规定。

英国《货物买卖法》第12~15条规定，卖方所出售的货物必须符合下列默示条件：

① 凡凭说明出售的货物，卖方所交的货物必须与说明相符；② 如果卖方是在营业中出售货物，则应当包含一项默示条件，即卖方根据合同提供的货物应当具有商销品质



(Merchantable Quality)。但如有下列情况之一者，则不包含货物应具有商销品质的默示条件：有关货物的各种缺陷在订约之前已经特别提醒买方的注意；买方在订约之前已经对货物进行检验，而货物存在的缺陷经过检验是应当能够发现的；③ 如果卖方是在营业中出售货物，而且买方已经明示地或默示地让卖方知道，他要求货物必须适用于某种特定的用途。在这种情况下，合同就包含一项默示条件，即卖方根据合同提供的货物应合理地适用于这种特定的用途。除非情况表明买方并不信赖也没有理由信赖卖方的技能与判断力；④ 凡是凭样品成交的买卖，应认为包含下列默示条件：卖方所交的货物在品质方面必须与样品相符；买方应有合理的机会将样品与整批货物进行比较；卖方所交的货物应当没有任何对样品进行检验所不能发现的与不合商销的缺陷；⑤ 如果在交易中既有样品又有说明，则卖方所交的货物必须与样品和说明都一致。

根据英国法的解释，默示条件具有三个方面的含义：① 如果双方当事人在合同中没有相反表示，这些默示条件就依法适用于他们之间的合同。② 英国法将合同条款分为条件与担保两大类：条件是指涉及合同基础的主要条款；担保是指从属于合同主要目的的次要条款。如果一方违反了条件，则对方可以解除合同，并有权请求损害赔偿，但是如果一方只是违反了担保，则对方只能请求损害赔偿，而不能解除合同。③ 为了加强对消费者的保护，对于供私人使用的消费交易，卖方不得在合同中排除货物买卖法有关默示条件的各项规定。至于在非消费交易中，法律上虽然允许卖方在合同中排除上述各项默示条件，但是不能超出“公平或合理”的限度，如果法院认为卖方排除各项默示条件是不公平或不合理时，法院将不予强制执行。但是，这只适用于国内交易，不适用于国际交易。在国际交易中，双方当事人可以自由地确定他们之间的权利与义务，不受上述规定的限制。

《美国统一商法典》与英国《货物买卖法》不同，它不采取条件与担保的区别方法，而是将卖方对货物的担保义务分为明示担保 (Express Warranties) 与默示担保 (Implied Warranties)。明示担保是指卖方直接对其产品做出的保证；默示担保不是由双方当事人经过交易磋商在合同中规定的，而是法律认为应当包括在买卖合同之内的，只要买卖双方在合同中没有相反的规定，法律上所规定的默示担保就可以依法适用于他们之间的买卖合同。根据《美国统一商法典》的规定，卖方对货物品质的默示担保主要有以下两项：

1) 关于适销性的默示担保。《美国统一商法典》第 2-314 条规定，如果卖方是专门经营某种商品的商人，则在这种商品的买卖合同中，他必须向买方承担该商品具有适合商销性的默示担保义务。适合商销性是指合同项下的货物在该行业中可以无异议地销售；在出售的货物为种类物的情况下，该货物具有同类货物的平均良好品质；货物具有同类货物的一般用途；在合同允许的差异范围内，货物的每一单位和所有单位在品质、品种和数量方面相同；货物按合同要求，适当地装箱、包装和加上标签；货物与容器或标签上的说明相符。

2) 适合特定用途的默示担保。《美国统一商法典》第 2-315 条规定，如果卖方在订立



合同时理由知道买方要求货物适用于特定用途,且有理由知道买方依赖卖方挑选货物的技能或判断力,卖方即默示承担货物将适用于特定用途的义务。根据这一规定,货物不但须具备该类货物一般的商销性品质,还必须满足特定用途。同时,要使卖方承担这一担保义务,买方还必须依赖卖方的判断力或技能,若买方是行家或向卖方提供了技术规格或其他选择标准等,则说明买方未依赖卖方的判断力。

(3)《联合国国际货物销售合同公约》

《销售公约》关于卖方对货物品质担保义务的规定主要体现于第35条。该条规定,如果合同对货物的质量、规格与包装方式有规定的,卖方所交付货物必须符合合同规定。此外,卖方交付的货物还必须符合下列要求:①货物适合同一规格货物通常使用的目的;②货物适合订立合同时买方曾明示或默示地通知卖方的任何特定的目的,除非情况表明买方并未依赖或没有理由依赖卖方的技能和判断力;③货物的质量与样品或模型相同;④货物按此类货物的通常方式装箱或包装,或者无此种通常方式,以一种足以保护货物的方式包装。但《销售公约》同时又规定,若买方在订立合同时知道或没有理由不知道货物与合同不符,则卖方无须按上述第①项和第②项规定承担货物与合同不符的责任。

《销售公约》还对卖方承担上述义务的时间做出了明确的规定。《销售公约》第36条规定,卖方应对货物在风险转移于买方时所存在的任何不符合合同的情形承担责任,即使这种不符合合同的情况是在风险转移于买方之后才明显表现出来的。换言之,《销售公约》认为,卖方对货物应符合合同要求的责任,原则上虽然是以风险转移的时间作为衡量标准的,即只要货物在风险转移于买方的时候符合合同的要求,卖方就履行了他的义务。如果在风险转移于买方之后,货物发生腐烂、变质与生锈等情况,以至于与合同要求不相符,则卖方不承担责任。但是也有例外的情况,即如果货物与合同要求不相符的情形要在风险转移于买方之后的一段时间才能发现或显露出来。例如,有些货物需要经过科学鉴定,甚至需要经过使用一段时间后才能显示其是否与合同的要求相符,在这种情况下,尽管风险已经转移于买方,但是如果货物的缺陷在风险转移于买方之前就已经存在,则卖方仍然应当承担赔偿责任。

《销售公约》还规定,在某些情况下,卖方对货物在风险转移于买方之后发生的任何不符合合同要求的情形也应承担责任,即这种不符合合同情形的发生是由于卖方违反了他的某项义务,包括违反关于货物在一定的期限内将继续适合其通常用途或某种特定用途的保证。

5. 卖方对货物的权利担保义务

权利担保是指卖方应保证对其所出售的货物享有合法的权利,没有侵犯任何第三人的权利,并且任何第三人都不会就该项货物向买方主张任何权利。在货物买卖中,卖方最重要的义务就是保证他确实享有出售货物的权利,或者卖方受货主的委托,作为代理人或受托人享有处分货物的权利。具体来说,卖方的权利担保义务主要包括以下三个方面的内容:



① 卖方保证对其出售的货物享有合法的权利；② 卖方保证在其出售的货物上不存在任何未曾向买方透露的担保物权，如抵押权、留置权等；③ 卖方应保证他所出售的货物没有侵犯他人的权利，包括商标权、专利权等。现根据《联合国国际货物销售合同公约》和某些国家的法律规定，对卖方的权利担保义务分别说明如下：



提示 按照各国的法律，权利担保义务是卖方的一项法定义务，即使在买卖合同中对此没有做出规定，卖方依法仍应承担此项义务。

（1）大陆法

大陆法系中的《德国民法典》规定，卖方负有使第三人对买方不得主张任何权利，从而使买方取得出卖标的物的义务。当事人以协议免除或限制卖方依上述规定对权利瑕疵所应承担的义务者，如卖方故意不告知其瑕疵，则该协议无效。

（2）英美法

1979年英国《货物买卖法》第12条（1）规定，卖方对货物的权利应承担下列默示义务：① 除第2款另有规定外，在任何买卖合同中，卖方有一项默示的义务，他有权出售货物，在协议出售（Agreement to Sell）的情况下，当货物的财产权发生转移时，他享有这样的权利。② 保证他所出售的货物不存在任何订约时未曾披露或告知买方的担保权益，且当货物的财产权发生转移时保证不存在此种情况，而且买方应能安静地占有货物，不受第三人的干扰，除非该第三人是已经披露或告知的享有上述担保权益的权利人或其他人。按照《英国货物买卖法》第55条第1款的规定，根据法律产生的任何默示权利、义务或责任，均可由当事人的明示协议，或根据当事人之间的交易过程，或根据对当事人具有约束力的惯例加以免除或改变，但须符合1977年《不公平合同条款法》的规定。

《美国统一商法典》将卖方的权利担保分为所有权保证和免受侵犯的保证。该法第2-312条规定：买卖合同中包含卖方的下列担保：① 所转让的所有权是完好的，并且转让的方式是适当的；② 所交付的货物上不存在任何买方在订立合同时所不了解的担保权益或其他留置权。

美国法认为，上述规定的担保义务是可以通过具体的语言，或其他使买方有理由知道卖方并不保证他对货物拥有所有权的方式排除或修改的。不同类型的卖方，其承担品质担保义务的严格程度是不同的。对于卖方属于惯常从事某种货物交易的商人，由于他比非惯常从事该种货物交易的一般人具有更专业的知识，或对该货物的交易有更广泛的了解，因此他比普通的卖方所承担的权利担保义务更加严格，即他必须担保该种货物交付后，不受任何第三人以侵权或类似原因提出的有效指控，即使这种指控最终被法院的裁决或仲裁的裁决所否认，也构成其对权利担保义务的违反；对于一般销售者，除非法院做出了第三人提起的权利主张成立的裁决，否则不认为构成对品质担保义务的违反。



（3）中国法

中国的《合同法》将卖方的权利担保义务概括为：出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务。至于什么是“任何权利”，《合同法》没有界定，但理论上认为应当包括第三人对货物的物权、债权或知识产权等任何可能对买受人享有货物权利构成障碍的权利。但法律另有规定的，或者买受人在订立合同时知道或应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人可以免除权利担保义务。

（4）《联合国国际货物销售合同公约》

《销售公约》第41条、第42条将卖方对知识产权的权利担保从一般的权利担保中细分出来具体规定，从而将卖方的权利担保义务分为两项：

1) 卖方所交付的货物必须是第三方不能提出任何权利或请求的货物。根据《销售公约》第41条规定，卖方所交付的货物必须是第三方不能提出任何权利或请求的货物，除非买方同意在受制于这种权利或请求的条件下，收取这项货物。这项规定实质上就是要求卖方保证对所售货物享有合法权益，如果任何第三方对货物提出权利，主张请求权，卖方应对买方承担责任。

根据《销售公约》第41条的规定，卖方不仅要向买方保证他所交付的货物必须是第三方不能提出任何权利的货物，而且必须是第三方不能提出任何请求的货物。这项规定表明，即使第三方对货物提出某种请求后，由于法律上的依据不足而败诉了，但卖方仍将被认为是违反了《销售公约》第41条规定的义务，因为按照《销售公约》的规定，卖方有义务保证第三方不能对货物提出任何请求。因此，尽管第三方的请求不能成立，但他毕竟提出了请求，使买方受到了干扰或损失，卖方仍须对此负责。

2) 卖方所交付的货物不得侵犯任何第三方的工业产权或其他知识产权。根据《销售公约》第42条规定，卖方所交付的货物，必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权提出任何权利或请求的货物。这条规定同某些国家国内法的规定差不多，但国际买卖比国内买卖更为复杂。因为在国内买卖中，一般只涉及侵犯本国所保护的工业产权或其他知识产权，而在国际交易中，侵犯工业产权（如商标权、专利权）或其他知识产权（如版权）大都涉及卖方国家以外的其他国家（如进口国或转售国）。因此，《销售公约》并不是绝对地要求卖方必须保证他所交付的货物不得侵犯任何第三方的工业产权或其他知识产权，而是有一定的条件限制的。这些限制性的条件有以下几点：

一是只有当卖方在订立合同时已经知道或不可能不知道第三方对其货物会提出工业产权方面的权利或请求时，卖方才对买方承担责任。

二是卖方并不是对第三方依据任何一国的法律所提出的工业产权或知识产权的权利或请求都要向买方承担责任，而只是在下列情况下才须向买方负责：a. 如果买卖双方在订立合同时已知买方打算把该项货物转售到某个国家，则卖方对于第三方依据该国法律（如专利法、商标法、版权法等）所提出的有关工业产权或知识产权的权利请求，应对买方承担



责任。因为卖方在订约时既然已经知道货物将转销往该国，他就应保证其货物在该国销售不会侵犯该国的工业产权或知识产权。b. 在任何其他情况下，对第三方根据买方营业地所在国法律所提出的有关侵犯工业产权或知识产权的请求，卖方应对买方承担责任。

三是如果买方在订立合同时，已经知道或不可能不知道第三方对货物会提出有关侵犯工业产权或知识产权的权利或请求，则卖方对由此而引起的后果不承担责任。

四是如果第三方所提出的有关侵犯工业产权或知识产权的权利或请求，是由于卖方按照买方提供的技术图纸、图案或其他规格为其制造的产品而引起的，则应由买方对此负责，卖方对此不承担责任。

此外，《销售公约》还规定，买方在已经知道或理应知道第三方对货物的权利或请求后，应在合理时间内通知卖方，否则，买方就会丧失援引上述第41条和第42条所规定的权利，除非买方对未及时通知卖方能提出合理的理由。

6. 卖方转移货物所有权的义务

货物所有权的转移是指货物的所有权从卖方转移至买方，从而使买方成为货物所有人，对货物享有完全的占有、使用、收益、处分的权利。转移货物的所有权是卖方在买卖合同中的一项基本义务，讨论这个问题的关键不在于“要转移”，而在于是否“已转移”，即货物所有权转移的时间。确定货物所有权是否已转移对于买卖双方以及第三人都会产生重要影响，特别是在发生卖方或买方破产的情况时，它对于确定货物所有权的归属以及确定该项货物能否列入破产清算等方面具有重要意义。另外，对于买方来说，如果不能确定货物所有权是否已转移，则无法确定其是否有权处置货物，就会使其债权总是处于无法转为物权的不稳定当中，影响其合同目的的实现；对于卖方来说，根据一些国家的法律规定，货物所有权是否转移还将影响其在买方违约时所采取的救济措施。例如，英国法认为，如果货物所有权未转移给买方，则对于买方的违约，卖方不能提起支付价金之诉，而只能要求损害赔偿。再者，由于受英国《货物买卖法》的影响，一些国家的法律还认为，谁拥有货物，谁就应该承担货物灭失的风险，如果货物所有权已转移给买方，货物的风险随所有权的转移同时转移到买方。尽管这种原因日趋被废弃，但无可否认的是，如何确定货物所有权的转移时间一直都是各国法律和当事人所关心的问题。目前，从各国的立法实践看，在尊重当事人约定的前提下，各国法律对此有不同规定，《销售公约》难以协调这种问题，所以依旧将有关此类问题交给各国法律自行决定。因此，在涉及货物所有权转移这一重要问题的时候，要根据买卖合同所适用的各国法律或其他法律予以裁决。

4.3.2 买方的义务

买方的义务通常与卖方的权利相对应。根据各国法律和《联合国国际货物销售合同公约》的规定，如果当事人没有特别的约定，买方主要承担两项义务：一是支付货款，二是收受货物。



1. 关于支付货款的义务

(1) 大陆法

大陆法系中的《法国民法典》对买方支付价款的义务做了规定：“买方应当按照合同约定的时间和地点支付价款；如果在合同中，对支付价款的时间和地点没有做出规定，买方应在交付标的物的地点和时间支付价款；当买方未按期支付价款而受到催告时，应支付自催告之日起计算的价款的利息，直到价款得到清偿之日为止。”《法国民法典》还规定：“如果买方不支付价款，卖方得请求解除买卖合同。”

《德国民法典》明确规定：“买方对卖方负有支付约定价金及受领买得物的义务。如果在签订合同时买卖双方未对价款做出规定，而是依市价来确定价款者，则按清偿时清偿地的市价为标准。如果合同对付款地点没有做出规定，则买方应在卖方的所在地付款。”

(2) 英美法

英国《货物买卖法》第27条规定：“买方有义务按合同的规定收受货物和支付价款。”除合同另有规定外，卖方交付货物和买方支付货款是对流条件，两者应同时进行，即卖方以交换货物为条件换取货款，买方以支付货款为条件换取货物。该法第34条还规定：“当卖方提交货物时，除另有约定外，买方有权要求让它有合理的机会检验货物，以便确定其是否与合同的规定相符。凡是未曾检验过货物的买方，都不能被认为已经接受了货物，因而也没有丧失其拒收货物的权利，直到他有合理的机会检验货物为止。但是，如果买方在有机会检验货物时，却不对货物进行检验，那就是放弃了检验权利，在这种情况下，买方就丧失了拒收货物的权利。”



辨析 收到货物与接受货物的区别

收到货物并不等于接受货物。买方如果接受了货物，它就丧失了拒收货物的权力，但如果买方仅仅是收到了货物，则日后如发现与合同不符，则它仍然有权拒收货物。英国《货物买卖法》第35条规定：“只有在下列情况下，买方才被认为接受了货物。①如果买方通知卖方，表示它已接受该项货物。②如果货物已交付给买方，而买方对货物做出了任何与卖方的所有权相抵触的行为。例如，买方以货物所有人的身份对货物做了处分，把货物转卖给第三人或已进行实际使用。③如果买方收到货物后把货物留下来，经过了一段合理时间之后，并没有通知卖方拒收此项货物。”至于何谓“合理时间”，这是事实问题，须视情况而定。

《美国统一商法典》规定：“除双方当事人另有约定外，买方在支付货款和接受货物之前，有权对货物进行检验。检验的时间、地点和方法应按合同的规定办理。如合同对此没有做出规定，则在卖方负责把货物运到目的地的场合下，应在货物的目的地进行检验。在其他情况下，则应在合理的时间、地点，以合理的方法进行检验。如检验的结果表明货物与合同相符，检验费用应由买方负责；如检验结果证明货物与合同不符，则检验费用应由



卖方负担。”

（3）《联合国国际货物销售合同公约》

《销售公约》规定，买方支付货款前，首先须办理必要的付款手续。根据《销售公约》第54条规定：“买方支付货款的义务包括根据合同或任何有关法律和规章规定的步骤和手续，以便使货款得以支付。”这主要是指按照买卖合同的规定，申请银行开出信用证或银行保函；在实行外汇管制的国家，须向政府部门申请进口许可证及所需外汇等。如果买方没有完成这些步骤和手续，从而导致无法付款，则构成买方违反付款义务，买方应承担责任。

对于货物的价格，《销售公约》第55条规定：“如果合同已有效地订立，但没有明示或默示地规定价格或规定如何确定价格，在没有任何相反表示的情况下，双方当事人应视为已默示地引用订立合同时此种货物在有关贸易的类似情况下销售的通常价格。”根据该项规定，《销售公约》按照下列方法确定合同价格：① 如果买卖合同已经规定了货物的价格或规定了确定价格的方法，买方应按合同规定的价格付款；② 如果合同没有明示或默示地规定货物的价格或规定确定价格的方法，如合同已有效成立，则应当认为双方当事人已默示引用订立合同的时候这种货物在有关贸易类似情况下出售的通常价格；如果在确定价格时涉及货物的重量，按照《销售公约》第56条的规定执行，即“如果货物的价格是按照货物的重量来确定的话，如有疑问时，应按货物的净重量来确定。”

《销售公约》第57条对付款地点进行了规定：“如果合同明确约定买方付款的地点，则按照合同的约定办理；如果买方没有义务在任何其他特定地点支付价款，他必须在以下地点向卖方支付价款：① 卖方的营业地；② 如凭移交货物或单据支付价款，则付款地点为移交货物或单据的地点。卖方必须承担因其营业地在订立合同后发生变动而增加的支付方面的有关费用。”

关于支付货款的时间，《销售公约》第58条规定：“① 如果买方没有义务在任何其他特定时间内付款，则买方应该在卖方按照合同和本公约规定将货物或控制货物处置权的单据交给买方处置时支付价款。卖方可以支付价款作为移交货物或单据的条件。② 如果合同涉及货物的运输，卖方可以在发货时订明条件，规定必须在买方支付货款时，方可把货物或代表货物所有权的转运单据交给买方。③ 买方在未有机会检验货物前，无义务支付价款，除非这种机会与双方当事人议定的交货或支付程序相抵触。如果合同中当事人议定的交货或支付程序与买方对货物的检验相抵触，比如买方根据合同约定有义务在检验货物前支付货款，这样的规定不代表买方没有权利对货物进行检验，即在货物到达目的地后，买方仍有权进行检验，如发现货物与合同不符，买方仍有权要求卖方赔偿损失，或采取《销售公约》规定的其他补救方法，来维护其正当权益。

《销售公约》第59条还规定：“买方必须按照合同和本公约规定的日期或从合同和本公约可以确定的日期支付价款，而无须卖方提出任何要求或办理任何手续。”该规定主要是针对大陆法国家，如法国和联邦德国，要求债权人必须先向债务人发出催告通知，而后才能



主张权利的规定做出的对债权人的特别保护。

2. 关于收受货物的义务


关于买方收受货物的义务，大陆法和英美法的规定都比较明确。《法国民法典》规定，关于商品及动产的买卖超过协议期限，买受人未受领其买受物，不经催告，买卖即发生解除。英国《货物买卖法》第34条规定，当卖方提交货物时，除非另有规定，买方就有要求他有合理的机会检验货物以便确定货物是否与合同相悖的权利。《美国统一商法典》对此也有类似的规定。

而《联合国国际货物销售合同公约》则对买方收取货物的义务分成了若干方面进行约束。《销售公约》第60条规定：“买方收取货物的义务如下：采取一切理应采取的行动，以期卖方能交付货物和接收货物。”按照《销售公约》的该规定，买方收取货物的义务包括：① 买方应采取一切理应采取的行动，以便卖方能交付货物。《销售公约》的这项规定实际上是要求买方做好各项接收货物的必要准备，以配合卖方交货。例如，如果买方有义务安排运输，它必须及时租船、订舱，派船接运货物，以便卖方能按期将货物交给承运人，如果卖方负责安排运输，则买方应做好在目的港接货的准备。② 接收货物。买方有义务在卖方交货时按合同规定的时间、地点接收货物。如果买方不及时提货，卖方可能要对承运人支付滞期及其他费用，对此，买方应承担赔偿责任。

4.4 国际货物买卖中所有权与风险的转移

4.4.1 国际货物买卖中货物所有权的转移

在国际贸易中，所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。货物买卖的实质是买卖货物的所有权，即实现货物所有权由卖方向买方的转移。

 **提示** 在国际货物买卖中，货物所有权的转移是直接关系到买卖双方权利义务的一个重大问题。因此，各国法律都对所有权的转移做出了具体的规定，但这些规定分歧很大。

（1）大陆法

《法国民法典》原则上是以买卖合同的成立决定货物所有权的转移的。根据《法国民法典》第1583条的规定，当事人就标的物及其价金相互达成一致时，即使标的物尚未交付或价金尚未支付，买卖即告成立，而标的物的所有权即依法由卖方转移于买方。但法国法院会根据案件的实际情况适用下列原则：① 如果买卖的标的物是种类物，则必须经过特定化之后，其所有权才能转移于买方，但是无须交付；② 如果是附条件的买卖，例如，试验买卖则必须待买方表示确认后，所有权才转移于买方；③ 买卖双方可以在合同中规定所有权转移的时间，如可以规定所有权必须于货物运到目的地后，或者必须于买方支付价金后才



转移于买方等。

德国法与法国法的规定不同。德国法认为，所有权的转移与买卖合同属于不同的法律范畴，前者是物权法的范畴，后者则属于债务法的范畴，买卖合同成立并不意味着货物所有权转移。根据德国法的规定，所有权的转移必须符合下列要求：① 如果是动产，就必须以交付标的物为必要条件。在卖方有义务交付物权凭证（如提单）的场合，卖方可以通过交付物权凭证而将货物的所有权转移于买方。② 如果是不动产，则其所有权的转移必须以向主管机关登记为条件。

（2）英美法

在英国《货物买卖法》中，货物的所有权的转移决定风险的转移，并直接影响买卖双方在一方违约时可能采取的救济方法以及其他有关权利与义务。具体而言，英国货物买卖法关于货物的所有权转移的问题，主要是区别特定物的买卖与非特定物的买卖这两种不同的情况。

对于特定物的买卖，英国《货物买卖法》第17条的规定，对于特定物或已经特定化的货物，其所有权的转移完全取决于双方当事人的意图，在双方当事人意图移转的时候转移于买方。如果双方当事人在合同中对此没有做出明确的规定，则法院可以根据合同的条款、双方当事人的行为以及当时的具体情况确定订约双方的意旨。

非特定的货物通常是指仅凭说明进行交易的货物。对于非特定货物所有权的转移，英国《货物买卖法》规定，凡是属于凭说明买卖未经指定或未经特定化的货物，在将货物无条件地划拨于合同项下之前，其所有权不转移于买方。一般而言，如果根据买卖合同的规定，卖方以将货物运交给买方为目的而将货物交给了承运人，又没有保留对货物的处分权，则可以认为卖方已经无条件地把货物划拨于合同项下。但是，将货物加以特定化只是转移货物所有权的前提，至于把货物特定化之后，货物的所有权是否转移于买方，还必须视卖方有无保留对货物的处分权而定。

关于卖方保留对货物的处置权的问题，英美法认为，无论是在特定物的买卖中，还是在非特定物的买卖中，即使在货物已经特定化之后，卖方都可以保留对货物的处分权（主要是指对所有权的处置权）。在这种情况下，在卖方所要求的条件得到满足以前（主要是指在买方支付货款以前），货物的所有权仍不转移于买方。根据英国《货物买卖法》第19条的规定，在下列情况下，应认为卖方保留了对货物的处分权：

1) 卖方可以在合同条款中做出保留对货物处分权的规定。例如，卖方可在合同中规定，在买方支付货款之前，所有权不转移于买方。在这种情况下，不论货物是交给买方，或交给承运人以便运交买方，货物的所有权都不随之转移于买方，直至合同规定的付款条件得到履行为止。

2) 卖方可以通过提单抬头的写法表示卖方保留对货物的处分权。如果货物业已装船，而提单的抬头载明该项货物必须凭卖方或卖方的代理人的指示交货时，则在卖方将该项提



单背书交给买方或其代理人以前,应推定卖方保留了对货物的处分权。如果卖方在装运货物之后拿到的是以买方的或买方代理人的名字为抬头的提单,这也不一定意味着卖方有将货物的所有权转移于买方的意思。在这种情况下,货物所有权的转移取决于卖方是否将提单交付给买方而定。当卖方将提单交给买方时(通常是在买方付款时),就可以认为卖方有意图把货物的所有权转移于买方。

3) 卖方可以通过对装运单据(主要是提单)的处理方法表示卖方保留对货物的处置权。如果卖方已经根据合同规定的货价向买方开出以买方为付款人的汇票,并将汇票与提单一起交给买方,要求买方承兑该汇票或见票付款,在这种情况下,如果买方拒绝承兑或拒绝付款,他就必须将提单退回给卖方,如果买方非法扣下提单,则货物的所有权亦不因此而转移于买方。

(3) 《联合国国际货物销售合同公约》

由于各国关于所有权转移问题的法律分歧较大,不容易实现统一,因此,《销售公约》除原则性地规定卖方有义务将货物的所有权转移于买方,并保证他所交付的货物必须是第三人不能提出任何权利或请求权的货物外,对所有权转移给买方的时间、地点与条件,以及买卖合同对第三人的货物的所有权所产生的影响(例如,货主对其货物被非法出售时是否可以向买方进行追夺)等问题,都没有做出任何规定。在拟订《销售公约》的过程中,各国的代表都同意将风险转移问题与所有权转移问题分开处理。

4.4.2 国际货物买卖中货物的风险转移

风险转移是指货物风险何时由卖方承担转移到买方承担。风险转移的主要问题是时间问题,即货物的毁损、灭失的风险何时由卖方承担转移到买方承担,它直接关系到买卖双方当事人切身的物质利益,也关系到双方的基本权利和义务。因此,确定风险转移的时间对买卖双方当事人具有重大意义。

1. 风险转移的主要理论学说

为划分风险的承担,国际公约及各国法律均对风险由卖方转移于买方承担的时间做出明确规定。但各国的法律规定并不一致,归纳起来主要有以下三种理论。

(1) 合同成立时风险转移原则

合同成立时风险转移原则认为:除非当事人双方另有约定,特定物的风险在买卖合同成立时转移。这种观点为罗马法和《瑞士债务法》所接受。例如,《瑞士债务法》第185条规定,除当事人另有约定外,已特定化货物的风险于合同成立时即转移于买方。因此,在瑞士,买受人只要实现标的物作为所有权客体特定化的条件,虽不享有所有权,但对未来的所有物承担风险,即使他并未能实现控制该物。

(2) 物主承担风险原则

“物主承担风险”的原则源于罗马法。现今,以英国法为代表的一些国家的法律对风险



转移都适用“物主承担风险”原则，即谁掌握了货物的所有权，谁就承担货物的风险。英美法认为，由于所有权是最完整的物权，只有所有人才对该物享有占有、使用、收益和处分的权利，才是该物的最终受益人。按照权利义务对等的原则，既然享有权利，就应承担相应的义务。这一原则以所有权为依据，将风险转移同所有权转移联系在一起，以所有权转移的时间决定风险转移的时间。例如，现行的英国《货物买卖法》第20条规定，除双方当事人另有约定外，在货物所有权转移于买方之前，货物的风险由卖方承担，但所有权一经转移给买方，则无论货物是否已经交付，其风险即由买方承担。但是，如果由于买卖双方中任何一方的过失，致使交货延迟，则货物的风险应由有过失的一方承担。《法国民法典》第1624条规定，买卖标的物的灭失及毁损的责任应由出卖人或买受人负担的问题，应根据“契约或合意之债的‘一般规定编’”所做的规定判断。而该编第1138条规定：“自物件应交付之日起，即使尚未实际移交，债权人即成为所有人，并承担该物件受损的风险，但如交付人延迟交付，物件受损的风险由交付人承担。”

（3）交付主义原则

“交付主义”原则与“物主承担风险”原则不同，它将货物的所有权转移与货物的风险转移截然分开，以交货的时间决定风险转移的时间，风险随货物的交付而转移，而不管货物的所有权是否已经转移给买方，即交付前的风险由卖方承担，交付后的风险由买方承担。美国、德国、奥地利等大多数国家以及《联合国国际货物销售合同公约》均采用了这条原则。例如，《德国民法典》第446条明确规定：“自交付买卖标的物之时起，意外灭失或意外毁损的风险责任移转于买受人。”我国《合同法》第142条也规定，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。《销售公约》也采用了以交付货物时间决定风险转移时间的“交付主义”原则，并且《销售公约》第67条特别规定：“卖方受权保留控制货物处置权的单据，并不影响风险的转移。”应该说，单据就是货物所有权的凭证和代表，《销售公约》允许单据的转移和风险的转移相分离，就是把货物所有权的转移与风险的转移相分离，以各自不同的原则确定所有权转移和风险转移的时间，认定两者之间没有必然的联系。由此可见，《销售公约》的这一规定更加明确了风险转移采用“交付主义”原则。

因此，无论是《销售公约》、具有国际贸易惯例的《2010年国际贸易术语解释通则》还是我国《合同法》，均采用风险随交货转移的“交付主义”原则。另外，目前大多数国家的国内立法也都采用这条原则。

2. 风险转移的法律后果

正是由于确定货物的风险究竟由买方还是由卖方承担与买卖双方当事人的利益息息相关，因此，无论是《销售公约》还是各国国内立法以及国际贸易惯例，均对如何确定风险转移的时间及风险转移的法律后果做了明确规定。风险转移之前，货物的风险由卖方承担；风险转移之后，货物的风险由买方承担。



（1）买方承担风险的法律后果

对于特定化货物，若货物的风险已由卖方承担转移到买方承担，那么货物即使遭受毁损、灭失，买方仍有义务按合同规定支付价款，即买方支付价款的义务并不能因此而解除，并且买方亦不能要求卖方重新交付货物或做损害赔偿。

这里强调货物特定化的重要性。《销售公约》第67条规定：“在货物以货物加上标记，或以装运单据，或向买方发出通知，或以其他方式清楚地注明有关合同以前，风险不转移。”也就是说，货物在被特定化前，风险不转移。《销售公约》对货物特定化的规定，实际上是仅对种类物所做的规定，没有提到特定物（这里所指的特定物是不可替代的货物，与种类物被特定化而转变成的特定化的货物不是一个概念）的风险转移问题。其理由是：第一，特定物本身就已经是特定化的货物，不存在特定化的问题；第二，国际货物买卖中的货物基本上均为种类物，特定物很少，特定物的风险转移问题不具有普遍性，因而没有涉及。

（2）卖方承担风险的法律后果

关于卖方承担风险的法律后果，当今法学界较为普遍地认为，如果货物的风险没有转移而仍由卖方承担时，货物因风险发生毁损、灭失，卖方交货的义务并不因此而免除，应照常向买方履行交货的义务，即卖方仍要重新交付与合同等同数量和质量的货物，而且还可能承担不能交货的违约责任。

4.5 国际货物买卖合同的违约与救济

4.5.1 违约的类型

违约是指订立合同的当事人没有按照合同的规定履行其合同义务。对于除因不可抗力或情势变迁或合同落空等原因造成的不履行合同的行为，行为人应当承担相应的法律责任，即违约责任。在国际货物买卖中，买卖双方的义务各不相同，违约行为的表现形式也不一样。例如，卖方违约有不交货、延迟交货、所交货物与合同不符、货物上存有第三方权利等情形；买方违约有不支付货款、延迟付款、拒收货物、延迟收取货物等情形。这些违约行为有的是现实发生的，有的只是有发生的迹象或可能性，有的给对方当事人造成严重的损害，有的仅是造成轻微的损失。各国法律和公约对这些不同的违约情形进行了归纳分类，现分别介绍如下。

1. 大陆法

（1）给付不能

给付不能是指债务人由于种种原因不可能履行其合同义务。给付不能可分为两种情况：

1) 自始不能，即在合同成立时该合同就不可能履行。在这种情况下，若违约方无过失，不知不能履行，如在订立合同时，当事人以为合同的标的物是存在的，但实际上该标的物已灭失，则不承担违约责任；若违约方有过失，明知或可得知不能履行，须负赔偿责任。



2) 嗣后不能,是指在合同成立时,该合同是有可能履行的,但是在合同成立后,由于出现了阻碍合同履行的情况从而使合同不能履行。若给付不能不是由违约方的过失造成的,例如,出现不可抗力因素,使合同不可能履行,违约方不承担不履行合同的責任;若因违约方的过失造成给付不能,违约方须负赔偿责任。

(2) 给付延迟

给付延迟是指合同已届履行期,而且是可能履行的,但合同当事人未按期履行其合同义务。给付延迟可分为无过失的与有过失的。凡合同履行期届满,经催告违约方仍不履行,则违约方自受催告时起负延迟责任。但非违约方的过失而使合同未按时履行,违约方则不负延迟责任。

由于履行不能和履行延迟不可能包括违约的各种情况,德国法院在司法判决中创立了积极违约的概念,但在德国法中对积极违约未形成统一的定义,可以理解为履行不能和履行延迟之外的其他形式的违约,例如,恶意的违约行为。在适用范围上,积极违约只有在民法典的规定及传统的救济方法不能提供适当的救济时,才会被采用。《法国民法典》第1147条规定,债务人对于其不履行债务或延迟履行债务,应负损害赔偿責任。据此,法国将违约分为不履行和延迟履行两种。

2. 英美法

(1) 根据合同条款的性质不同,英国法将违约形式分为违反条件、违反担保和违反中间性条款

违反条件,即违反了合同中的主要条款。在这种情况下,非违约方有权解除合同并可要求损害赔偿。违反担保,即违反合同的次要条款或随附条款。它的法律后果与违反条件不同,蒙受损害的一方不能解除合同,只能向违约的一方请求损害赔偿。违反中间性条款,即违反有别于“条件”与“担保”的条款。当一方违反这类中间性的条款时,对方是否有权解除合同,必须视此种违约的性质及其后果的严重性而定。

(2) 按照违约后果的严重程度不同,美国法将违约分为轻微违约与重大违约

轻微违约,即尽管债务人在履约中存在一些缺点,但是债权人已经从中得到该项交易的主要利益。当一方有轻微违约时,受损害方可以要求赔偿损失,但是不能解除合同。重大违约,即由于债务人没有履行合同或履行合同有缺陷,致使债权人不能得到该项交易的主要利益。对此,受损害的一方可以解除合同,同时要求赔偿全部损失。

(3) 预期违约

预期违约是指在合同规定的履行期到来之前,一方当事人就表示他届时将不履行合同。这种表示可以用行为表示,也可以用言辞或文字表示。当一方当事人预期违约时,对方可以解除自己的合同义务,并可以立即要求给予损害赔偿,不必等到合同规定的履行期来临时才采取行动。但是,受损害的一方也可以拒绝接受对方预期违约的表示,坚持认为合同仍然存在,等到合同规定的履行期届满时,再决定采取何种法律上的救济方法。在这种情



况下,他就必须承担在这段时间内情况变化的风险。若在一方当事人宣告不履行合同后,在履行期满之前出现了某种意外事故,使合同因其他原因而宣告解除,提前违约的一方就可以不承担任何责任。

(4) 履行不可能

英美法系中的履行不可能有两种情况:一种是在订立合同时,该合同就不可能履行;另一种是在订立合同后,发生了使合同不可能履行的情况。前者相当于大陆法系的“自始给付不能”,后者相当于大陆法系的“嗣后给付不能”。

3. 《联合国国际货物销售合同公约》

(1) 根本违反合同与非根本违反合同

《销售公约》主要将违反合同的形式分为根本违反合同与非根本违反合同。《销售公约》第25条对根本违反合同做了如下定义:“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以至于实际上剥夺了他根据合同有权期待得到的东西,即为根本违反合同,除非违反合同的一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况下也没有理由预知会发生这种结果。”根据《销售公约》的这条规定,构成根本违反合同须具备以下三个条件:① 必须存在违反合同的事实;② 违反合同的行为给对方造成了损害,并且这种损害是严重的,即实际上剥夺了受害方根据合同规定有权期待得到的东西;③ 违反合同的一方已预知或没有理由不可预知会产生这种严重的后果。“预知”应以在违反合同发生前就能估计到为时间标准,并通过主观、客观标准相结合来认定。主观标准是指违约方在违约发生前就知道若违约就会产生这种严重的后果;客观标准是指不管违约方如何否定这种严重后果的可预知性,只要一个同等资格、通情达理的人处于相同情况下能预见到违约会产生这种严重后果,就应认定违约方也应该能预见到违约可能产生的严重后果。

在法律后果上,如果某种违约已经构成根本违反合同,受损害的一方就有权宣告解除合同,并有权要求损害赔偿或采取其他补救措施;如果某种违约属于非根本违反合同,则受损害的一方就无权解除合同,而只能要求损害赔偿或采取其他补救措施。

(2) 预期违反合同

预期违反合同是指在合同规定的履行期到来之前,已有充分根据预示合同的一方当事人将不会履行其合同义务。与英美法的预期违约相比,《销售公约》所规定的预期违反合同所包括的违约情形要广泛得多,而且其救济方法对未违约方来讲也有利得多。根据《销售公约》的规定,预期违反合同包括以下两种情况:

1) 在合同规定的履行日期到来之前,一方当事人声明他将不履行其义务。

2) 在合同规定的履行日期到来之前,一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务:

第一,该当事人履行义务的能力或信用有严重缺陷。履行义务的能力有严重缺陷,是指该当事人将濒临破产、倒闭,或者负债累累,以致将无力支付价款或不能交付货物,还



包括因客观原因而不能履行合同的情况，如爆发战争使得处于战区的当事人的履约能力显然受到影响。信用有严重缺陷是指该当事人最近发生过损害其信誉的事情。例如，对他人多次不交货或不付款。在考察预期违反合同时，要注意该当事人履约能力和信用有缺陷的程度，《销售公约》要求必须是“有严重缺陷”。严重缺陷，是指该当事人的履约能力或信用出现严重问题，以致不能履行合同大部分重要义务。也就是说，如果该当事人的履约能力或信用只是出现欠债情况，未达到“严重”的程度，则不能认定该当事人预期违反合同。

第二，该当事人在准备履行合同或履行合同中的行为表明他将不履行义务。比如，合同订立后，该当事人不做必要的准备，如买方迟迟不开出信用证、未为接运货物租用船只等。

4. 中国法

中国《合同法》第107条对违约责任做了一般性规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”这一规定当然也适用于违反买卖合同的情况。针对买卖合同中的违约行为，《合同法》中有一些专门的规定。

关于卖方交货存在质量缺陷，《合同法》第111条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确的，受损害方则可根据货物的性质和损失的大小，合理选择要求违约方承担修理、更换、重做、退货、减价等违约责任。”《合同法》第148条规定：“因标的物质质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或解除合同。”

关于买方不支付价款，《合同法》第109条规定：“当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。”

4.5.2 违约救济方法的一般性规定

在国际货物买卖中，区分不同的违约类型，是因为对于不同类型的违约，守约方可以采取的救济方式或者说要求违约方承担违约责任的方式是不同的。现根据各国法律、《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》的规定，对买卖双方均可采取的补救措施介绍如下。

1. 实际履行

实际履行作为一项合同履行的原则，是“契约必须信守”的体现，是合同效力使然，也是各国合同法所普遍遵循的履行原则。实际履行也可以作为一项救济方式，它是在合同遭到违反时，守约方不希望采取其他救济手段而要求违约方实际履行合同义务的一种补救措施。对此，各国法律的观点不尽相同。大陆法系，包括中国法，都承认实际履行作为救济手段的效力，而英美法则认为它不过是一种偶尔采用的例外的救济方式。在国际货物买卖中，由于当事人、合同目的、标的物等具有复杂性，《销售公约》认为，原则上应该承认实际履行可以作为守约方的一种权利救济方法，如买方有权要求卖方继续按合同规定交付



货物,或卖方有权要求买方按照约定的币种支付货款,尽可能地促进合同目的的实现。但是,守约方的这种要求能否实现,则必须依赖于合同所适用的国家的法律是否也同样承认实际履行作为一项救济原则以及法院对个案的考虑。如果法院地国家不认可实际履行是一项救济原则,则当事人不能获得这样的裁决;即使法院地国家允许当事人采取实际履行对权利进行救济,审理此案的法院依旧可以依据具体的案情做出相反的裁决。例如,对于特定物已经灭失的特定物的买卖,要求卖方实际履行显然过分苛刻,从而不会被法院支持。另外,需要注意的是,守约方在任何违约形势下都可以采取实际履行的救济手段,但是能否实现则必须综合考虑所采取的救济措施,因为依据《销售公约》后续的规定,如果守约方在要求实际履行之前,采取了某些与这个要求相抵触的救济措施,如主张解除合同,这样则会导致因为合同已经解除而使违约方无须再实际履行合同的义务。

2. 损害赔偿

损害赔偿是指一方对其因违约或侵权行为给对方造成的利益上的损害进行金钱上的补偿的救济措施。在国际货物买卖中,损害赔偿涉及很多问题,各国法律、《销售公约》对此都分别做了规定。

(1) 大陆法

大陆法认为,损害赔偿的范围应包括积极损害和消极损害两个方面。积极损害也称“实际损害”,是指现有财产的减损、灭失或费用的支出;消极损害也称“利润损失”,是指本应得到的利益而未得到。法国、德国、瑞士、荷兰等国法律均有此类规定。

(2) 英美法

英美法认为,违约赔偿的基本目标是应当使违约行为的受害人达到如果合同被严格履行时所拥有的经济地位。据此原则,违约方赔偿的范围是受损害方期待利益的损失。期待利益是指合同当事人在订立合同时期望从该交易中获得的各种利益和好处。例如,买方计划将所购货物以高于此合同价格转售出去所能获得的利润,即属于期待利益。期待利益一般就是大陆法的“消极损害”。显然,英美法的这一赔偿基本目标缺少对现实财产损失的保护。因此,《美国统一商法典》规定,在损害赔偿中,还应包括“附带的损失”,这个概念的内涵类同于大陆法的“积极损害”。英国《货物买卖法》也有类似的规定。

(3) 《联合国国际货物销售合同公约》

《销售公约》对确定损害赔偿的范围也做了如下规定:“一方当事人违反合同应负的损害赔偿额,应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。从《销售公约》的这一规定来看,损害赔偿的范围也包括现实损失和利润损失(可得利益损失)两个方面。

各国法律和《销售公约》均要求违约的损害赔偿应包括实际损失和利润损失两个方面。《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)将上述的赔偿称为完全赔偿,《通则》本身也赞同这个观点。如《通则》第742条第(1)款规定:“受损害方当事人对由于不履行而遭受



的损害有权得到完全赔偿。此损害既包括该方当事人遭受的任何损失，也包括其被剥夺的任何收益，但应考虑到受损害方当事人由于避免发生的成本或损害而得到的任何收益。”

完全赔偿原则最大限度地规定了违约方的赔偿范围，但在实践中，有时要求违约方承担全部损失的赔偿是不尽合理的。因此，各国和《销售公约》提出了两个限制标准。

一是，损害赔偿应以违约方在订立合同时可以预见到的损失为限。其理由是，在订立合同时，双方当事人对合同的效力是预知或应当预知的，正是基于这种认识，双方当事人才做出订立合同、承担合同义务的意思表示的。因此，在合同成立后，违约方对其在订立合同时所预知的违约后果自然要承担责任。反之，如果违约所造成的损失超过了违约一方在订立合同时预知或理应预知的范围，他对此就不应承担责任。目前，很多国家和《销售公约》都倾向于采取“可预见到的损失”来限制违约一方的赔偿范围。法国、中国、英美法各国都有此规定，如中国《合同法》第113条规定损害赔偿额“不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”。《销售公约》第74条也规定：“这种损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预料或理应预料到的可能损失。”二是损害赔偿应扣除由于受损害方未采取合理措施使有可能减轻而未减轻的损失。根据世界各国法律的规定，当一方当事人违约时，另一方当事人必须及时采取必要的措施减少因违约而造成的损失或防止损失的扩大。否则，他无权就本可避免的损失向违约方进行索赔。这就是减轻损失原则。《销售公约》接受了这一原则，并于第77条做了规定：“声称另一方违反合同的一方，必须按情况采取合理措施，减轻由于另一方违反合同而引起的损失，包括利润方面的损失。如果他不采取这种措施，违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。”中国《合同法》第119条第1款也做出了同样的规定。

3. 中止履行

中止履行合同是指合同成立后，一方当事人因某种原因显然将不履行其大部分义务，另一方当事人暂时停止履行其合同义务并立即通知对方的行为。

中止履行合同是针对预期违约而设立的一种补救措施。其意义在于暂时解除自己的合同义务，从而避免在对方预期违约的情况下因履行合同或准备履行合同而给自己带来不必要的损失。另外，有些预期违约只是一种凭一方主观判断的违约可能性，未必就一定会发生实际上的违约。因此，如果当事人随意中止履行合同，这对预期违约一方来说是一种比较严重的惩罚。

《联合国国际货物销售合同公约》对适用中止履行合同这一救济措施规定了如下条件：“如果订立合同后，一方当事人由于下列原因显然将不履行其大部分重要义务，另一方当事人可以中止履行合同义务：① 履行义务的能力或他的信用有严重缺陷；② 在准备履行合同或履行合同中的行为表明他将不履行义务。”



《销售公约》规定的适用中止履行合同的程序是，中止履行合同义务的一方当事人必须立即通知另一方当事人。特别值得注意的是，如果另一方当事人在接到通知后，对履行合同提供了充分的保证，那么，宣告中止履行合同义务的一方必须继续履行合同义务。

《销售公约》对适用中止履行合同这一补救措施提出了比较全面的条件：首先，中止履行合同是买卖双方都可行使的权利，这与一些国家的法律规定不同。有些国家认为，中止履行合同是一项保护卖方利益的补救措施，因此只有卖方才可适用这个补救措施。例如，《法国民法典》规定：“如买卖成立后，买受人陷于破产或处于无清偿能力致使出卖人有丧失价金之虑时，即使出卖方曾同意延期支付，出卖人也不负有交付标的物的义务。”英国法基本上也持这种观点，英国《货物买卖法》第41条规定，在买方失去偿付能力的情况下，卖方对仍在自己手中的货物所有权加以扣押，直至价金被支付或偿还为止。这些国家的法律都没有明确规定买方也有权宣告中止履行合同。其次，《销售公约》在肯定中止履行合同是买卖双方都可适用的救济办法的同时，仍对卖方的利益给予特别的关注，即卖方享有停运权。《销售公约》规定，卖方若已发运货物，预期对方将严重违反合同，卖方有权阻止将货物交给买方，即使买方持有提取货物的单据，卖方也可以这样做。但是，卖方的停运权仅对买卖双方适用，而不能对抗第三人，即如果买方已把代表货物所有权的单据转让给第三者，而第三者是依诚信原则支付价金而合法地接受这一单据的，则卖方丧失了命令承运人不交付货物的权利。最后，《销售公约》肯定了中止履行合同的一方当事人在对方提供了担保后立即继续履行的原则。

4. 延迟履约宽限期

履约宽限期是指一方当事人不按合同规定的时间履行义务，另一方可以规定一段合理的额外时间，让延迟履行义务的一方继续履行其义务。这段合理的额外时间就是履约宽限期。这是针对延迟履约而规定的一种救济措施。

尽管在《联合国国际货物销售合同公约》对违约救济的一般性规定中没有将延迟履行宽限期作为对违约的救济方式，但无可否认的是，如果合同双方并无不履行合同的意思或行为，仅是因为某些原因导致不能按合同规定的时间履行，那么，给延迟履行方一段合理的额外时间使合同得以履行，对双方合同目的的实现和利益的维护都是有好处的。因此，《销售公约》第47条和第63条规定，从事国际货物买卖的当事人可以以这种“合理的额外时间”，也就是所谓的“延迟履行宽限期”来救济自己的权利。但是，这种类似于德国法“催告制度”的“延迟履行宽限期”，并不是守约方采取其他救济措施前的必要程序，这点是与德国的“催告制度”有根本区别的。与其他救济措施一样，“延迟履行宽限期”是由当事人自由选择的，即使守约方不给延迟履行方以履行宽限期，他依旧可以根据延迟履行的违约事实提起其他的权利救济措施。但如果守约方选择了给延迟履行方一段时间以催促其履行合同义务，则《销售公约》规定，在宽限期内，守约方不能采取其他的救济方式，必须接受宽限期的约束。但是一旦宽限期届满，则守约方仍然有权视自己利益的损害程度决定是



否采取其他的救济方法，并不受宽限期的影响。

5. 解除合同

解除合同是指一方当事人违反合同规定的义务时，另一方当事人依照法律或合同的规定终止合同的效力。解除合同也称合同终止，或撤销合同，而《联合国国际货物销售合同公约》则使用了“宣告合同无效”一词。《销售公约》规定，合同解除后，涉及以下几项法律后果：① 合同解除后，双方当事人的合同义务终止。② 已履行的债务可以回复原状。③ 合同解除后，并不免除违反合同一方应负的损害赔偿责任。④ 合同规定的解决争议的条款，不因合同的解除而失去效力。⑤ 合同中关于当事人在合同解除后权利和义务的任何其他规定，也不因合同的解除而失去效力。解除合同是一种较为严厉的补救措施，因此各国法律和《销售公约》对此补救方法提出了一系列的限制条件。

英美法认为，只有当一方违反条件或一方的违约构成重大违约时，对方才有权解除合同。大陆法也认为，违约非常严重时，对方才可以请求解除合同。但如何认定违约是否严重，大陆法未规定一个统一的标准。

依照《销售公约》的规定，当事人有权解除合同的情形是：① 在对方根本违反合同的情况下可以解除合同；② 在对方预期根本违反合同的情况下可以解除合同；③ 违反合同的一方不在履约宽限期内履行义务或声明他将不在所规定的额外时间内履行义务，另一方可以解除合同；④ 在一方当事人对分批交货合同有根本性违约的情形下，对方可以解除合同。

分批交货合同，是指一个合同项下的货物分成若干批交货。《销售公约》对在分批交货情况下解除合同规定了三种情形：① 在分批交货合同中，如果一方当事人不履行对其中任何一批货物的义务，便已对该批货物构成根本违反合同，则对方可以宣告合同对该批货物无效，即解除合同对这批货物的效力，但不能解除整个合同。② 如果一方当事人不履行对任何一批货物的义务，使另一方当事人有充分理由断定对今后各批货物将会发生根本违反合同，则另一方当事人可以在一段合理时间内宣告合同今后无效，即解除合同对今后各批货物的效力，但在对此之前已经履行义务的各批货物不能行使解除权。③ 当买方宣告合同对某批交货无效时，如果合同项下的各批货物是互相依存的，不能将任何其中的一批货物单独用于双方当事人在订立合同时所设想的目的，则买方可以同时宣告合同对已经交付或今后将交付的各批货物均为无效，即可以解除整个合同。

4.5.3 卖方违反合同时买方的补救措施

1. 要求卖方实际履行合同义务

对于实际履行这种救济方式，大陆法和英美法的态度不同。大陆法国家，特别是德国法认为，实际履行是对不履行合同的一种主要的救济方法，当债务人不履行合同时，债权人有权要求债务人实际履行其义务。英美法认为，对违反合同的主要救济方法是损害赔偿，



而不是实际履行，只有当金钱赔偿不足以弥补受损害一方的损失时，衡平法才考虑判令实际履行。因此，根据英美法的规定，实际履行只是一种在例外情况下才采用的辅助性的救济方法。一般而言，对于一般的货物买卖合同，英美等国的法院原则上不会做出实际履行的判决，而只判决违约一方支付金钱上的损害赔偿，除非买卖的标的物是特定物或特别珍贵稀有，在市场上不容易买到，而且当金钱赔偿不足以弥补受损方的损失时，法院才会考虑判令实际履行。

由于两大法系在实际履行问题上分歧较大，难以完全统一，《销售公约》只好让各个法律体系国家的法院按其自身的法律来处理这个问题，故做出了下述规定：当一方当事人要求另一方履行某项义务时，法院没有义务做出判决，要求具体履行此项义务，除非法院依其本身的法律对不属于《销售公约》范围的类似销售合同也会这样做。这即意味着当买方依《销售公约》的规定向法院提起实际履行之诉时，法院不一定做出强制卖方交货的判决。法院是否做出强制执行的判决，要看法院所在国家的法律对其他类似的买卖合同如何处理而定。在大陆法系国家，法院可能做出强制执行的判决；在英美法系国家，法院就可能不做出强制执行的判决。

2. 要求卖方交付替代物

如果卖方交付的货物与合同的规定不符，且这种情形已构成根本违反合同，买方可要求卖方交付替代物。这是因为，要求卖方交付替代物，意味着卖方要承担运费损失、处理与合同不符的货物等，实际上是一种实际履行的要求。

《销售公约》第46条规定，只有在货物与合同不符合而构成根本违反合同时，买方才可以要求交付替代货物，而且有关替代货物的要求，必须与说明货物与合同不符的通知同时提出，或者在该项通知发出后一段合理时间内提出。

3. 要求卖方对货物进行修补

此种情况适用于货物不符合合同的情形并不严重，尚未构成根本违反合同，只需卖方加以修补即可使之符合合同要求的情形。但是，如果根据当时的具体情况，要求卖方对货物不符合合同之处进行修补的做法是不合理的，买方就不能要求卖方对货物不符合之处进行修补。例如，货物的缺陷轻微，只需略加修理即可符合合同的要求，在这种情况下，买方可以自行修理或请第三人进行修理，所需费用或开支，可以要求卖方予以承担。

《销售公约》第46条对修补这种补救办法进行了规定：买方请求修补的要求须与发出的货物不符合的通知同时提出，或者在该通知发出后一段合理时间内提出。

4. 给卖方一段合理的额外时间

这是《销售公约》针对卖方延迟交货而规定的一种买方可采用的救济方法。这种额外时间的规定意味着买方在这段宽限期内，不能采用其他的救济措施。这种规定的实质是《销售公约》鼓励交易原则的一种体现。《销售公约》规定只有在这种合理的宽限期之后，卖方仍然不履行合同，或者在这段时间内，卖方申明将不履行合同，买方才享有宣告合同无效



的权利。但当延迟履行构成对合同的根本违约的情形下，买方就不需要给卖方这种额外的宽限期，而可以直接宣告合同无效。

5. 要求减价

《销售公约》规定，如果卖方所交货物与合同规定不符，不论货款是否已付，买方都可以要求减价。《销售公约》第 50 条规定，减价应按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值之间的比例计算。但如果卖方已对货物不符合合同的规定做了补救，或者买方拒绝卖方对此做出补救，则买方无权采用这种救济方法。

6. 撤销合同

《销售公约》规定，当卖方违反合同时，买方在下列情况下可以撤销合同：① 卖方不履行其在合同中或《销售公约》中规定的任何义务，已构成根本违反合同的；② 如果发生不交货的情况，卖方在买方规定的合理的额外时间内仍不交货，或卖方声明将不在买方规定的合理的额外时间内交货的。

4.5.4 买方违反合同时卖方的补救措施

买方违反合同主要有以下情况：不付款；延迟付款；不收取货物；延迟收取货物。《销售公约》规定，买方违反合同时，卖方所特有的补救措施主要有三种。

1. 转卖货物

这一补救措施适用于买方拒收货物或不付货款而构成根本违反合同的情况，关于对转卖货物的要求，请参阅“损害赔偿计算方法”部分。

2. 要求支付利息

如果买方没有支付价款或任何其他拖欠金额，卖方有权对这些款额收取利息，但这并不妨碍卖方根据《销售公约》第 74 条规定可以取得的损害赔偿。

3. 自行确定货物具体规格的权利

这项权利是指合同对货物的规格没有明确规定而买方又未在规定的时间内订明规格时，卖方自行决定为买方加工或生产的货物订明规格。《销售公约》规定，卖方行使这项权利必须具备以下条件：第一，买方没有按照合同规定的日期提供货物规格；第二，卖方知道买方对货物的要求；第三，卖方必须将订明的规格通知买方，而且必须规定一段合理时间，让买方可以在该时间内订出不同的规格。如果买方在收到该通知后没有在该时间内这样做，则卖方所订的规格就具有约束力。

4.5.5 免责

如果债务人不履行合同，是因为出现了不可归责于他的、事先未预料到的、事后又无法控制的某种意外事件，则其违约责任应予以免除。对此，各国法律、《销售公约》和《国际商事合同通则》都做出了相应的规定。



1. 各国法律中的免责制度

(1) 大陆法

《法国民法典》以“不可抗力”作为免责事由。根据该法典，以“不可抗力”为由免除责任必须具备以下几个条件：第一，必须发生了未曾预见到的意外事件；第二，履行义务必须成为绝对不可能做到的事情；第三，意外事件的发生必须非由义务人的过错所致。

与“不可抗力”说比较接近的是“不可能性”说。在大陆法中，“不可能性”原则适用于一切义务人的确不能够履行其合同义务的情形。一些大陆法系国家制定了专门的法律条文，规定义务人在其履行义务成为绝对不可能性的场合得以免除责任。依德国法律，免责的决定性因素是合同的履行是否仍然具有现实的可能性，即在物质上是否仍然做得到，合同中规定的义务若是物质上本来就办不到或后来成为办不到的事情，义务人将得以摆脱合同中特定义务的束缚。

(2) 英美法

英美法中的“不可能性”在适用标准方面同法国法的“不可抗力”接近，因为它不仅有物质上不可能的要求，而且还有义务人无过错的要求，因此，它比德国法的“不可能性”严格。但在适用范围方面，它则比法国法的“不可抗力”和德国法的“不可能性”都宽广，因为它不仅覆盖着“绝对不可能性”，而且还覆盖着“履行合同艰巨而引起的不可行性”。实际上，英美法的“不可能性”理论均反映在英国法的“合同受挫”原则和美国法的“商业上不可行性”原则中。

英国法院确立的“合同受挫”原则，既包括合同履行绝对不可能的情形，也包括合同履行受挫和合同目的受挫的情形。合同履行受挫是指履行合同中遇到的困难如此之大，以致影响合同的正常履行。在这种情况下，尽管合同的履行仍然存在客观上的可能性，但义务人需要付出超常的代价，他所面临的这种超常的阻力便构成对履行合同的挫折，从而使他得以从困难中解脱出来，避免责任。如果意外事件造成的情势使订立合同时所存在的条件有了剧烈的、根本的变化，合同也被认为“受挫”，订约双方均得以免责。合同目的受挫则是指合同双方或一方订立合同的目的，无论是明示的，还是默示的，一旦受到意外事件的破坏，合同义务便可不履行，责任也即可免除。即使合同义务仍有可能履行，只要合同目的不复存在，这种履行便失去意义。

2. 《销售公约》确立的免责制度

《销售公约》第79条规定：“当事人可不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到，或能避免，或能克服它或它的后果。”依此规定，不履行义务的一方免除责任须具备以下条件：① 不履行义务是“由于某种障碍”，这种障碍必须同不履行义务之间有着因果关系；② 这种障碍必须是不履行义务的一方所不可控制的；③ 对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到；或者没有理由预期他嗣后能够避免这种障碍或避



免其后果；或者没有理由预期他嗣后能够克服这种障碍或克服其后果。

本章小结

国际货物买卖法律关系的核心内容是合同双方当事人的权利义务关系。为了保证国际货物买卖合同的顺利履行和合同目的的实现，合同中所涉及的买卖双方的权利义务通常是具体而详尽的，它们与违约救济共同构成了买卖法的制度框架。

卖方义务。主要有五项：交付货物、转移单证、品质担保、权利担保、转移货物所有权。相应地，卖方的权利为收取货款。

买方义务。主要有支付货款和收受货物。相应地，买方的权利为检验货物、获得与合同相符的货物。

关于货物风险的转移，各国规定不同。《销售公约》认为，风险转移时间的划分依据有：当事人的约定时间，交付货物的时间、订立合同的时间。风险转移的后果是由买方承担货物灭损的损失，不得拒绝履行支付货款的义务。

在国际货物买卖中，买卖双方的义务各不相同，违约行为的表现形式也不一样。大陆法将违约分为给付不能和给付延迟，英国法分为违反条件、违反担保和违反中间性条款，美国法分为轻微违约与重大违约，《销售公约》分为预期违反合同、根本违反合同和非根本违反合同。

违约的救济方法一般分为损害赔偿、中止履行、延迟履约宽限期和解除合同。

复习思考题

1. 卖方的基本义务是什么？

2. 卖方在履行期到来时没有交付货物，买方可采取的救济措施有哪些？

3. 分析题：合同价格为每公吨 2 000 英镑，因卖方根本违反合同，买方为实现原合同目的而转买货物，价格为每公吨 2 500 英镑（当时该货物的市场平均价格为 2 200 英镑）。卖方拒绝承担货物每公吨 500 英镑的价差损失。法院没有完全支持买方的要求，为什么？

4. 案例题：甲公司与乙公司订立国际货物买卖合同。由于卖方甲公司未及时将货物凭证交付给乙公司，致使货物在从甲地运至乙地码头时，乙公司无法提货而滞留，遭风暴全部损毁。双方当事人因未对货物风险分担进行约定，故发生纠纷。依照《销售公约》，该批货物风险损失应由谁承担？为什么？



引导案例

产品责任由谁承担

【案情介绍】

我国某玩具进出口公司向美国某玩具公司出口塑料弹弓。出口后不久，美方就反映质量有问题，称美国儿童使用弹弓时弓柄断裂，并已发生多起伤害案件，有的眼睛致残。经法院审理，美方提出证明表示，我方出口的弹弓所使用的材料不安全，仅经受9磅拉力弓柄就断裂，香港同类弹弓弓柄能承受60磅拉力。

【法律问题】

本案涉及的主要法律问题是，我国的塑料弹弓属于质量不合格还是缺陷产品，我国出口商是否应承担产品责任，应对谁承担产品责任？

【法理分析】

所谓产品责任，是指由于产品存在瑕疵或缺陷而导致产品消费者或其他第三者遭受人身或财产损害时，该产品的生产者和销售者应承担的一种损害赔偿赔偿责任。产品给消费者或其他第三人造成人身或财产的损害，通常有两点：一是损害的事实，这种事实可以是人身的伤害，也可以是除缺陷产品以外的财产的损失；二是对损害的承担者应做广义的理解，既包括从生产者或销售者那里购买产品并使用产品的人，也包括虽不购买产品但使用了产品的人，同时还包括虽非上述购买人或使用人但遭受了产品对其的损害的人。

在本案例中，如果我国出口公司与美国公司在订立合同时约定弓柄承受拉力应超过9磅，如该玩具弹弓的弓柄仅经受9磅拉力就断裂，则属产品质量不合格，但这不影响它同时构成缺陷产品。如果该缺陷产品给消费者造成了损害，生产者或进口商应承担产品责任，对受损害的消费者承担赔偿责任；如果涉及产品质量不合格，应由出口商对美国的进口公司承担违约责任。

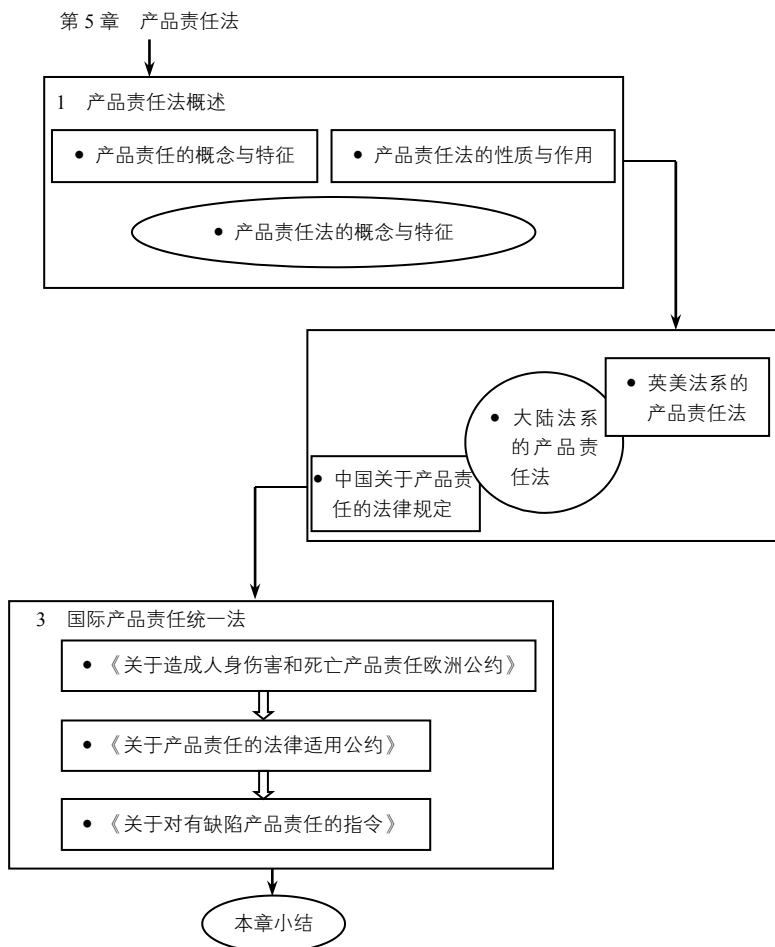
（资料来源：于维同. 国际商法[M]. 吉林：吉林大学出版社，2006.）



学习目标

- ◆ 素质目标：具有产品责任的相关分析力，了解产品责任归责原则的相互关系。
- ◆ 知识目标：了解产品责任法的概念、理论、规定和作用。
- ◆ 技能目标：基本掌握避免产品责任或实现产品责任追偿的方法技巧。
- ◆ 能力目标：具有依照产品责任的特点及相关的法律规范确定特定情形下的产品责任能否适用免责条款的能力。

学习导航





5.1 产品责任法概述

现代工业生产和商品经济的高度发展,使消费者一方面享受物质丰富带来的满足,另一方面又面临瑕疵产品侵害权利的威胁;特别是产品流通领域的产销多层次化、产品的国际化,更使消费者与经营者的关系复杂,使消费者对产品的识别和选购发生困难,消费者受到伤害的案件不断增多,由此,产品责任法(Product Liability Law)便随之形成和发展起来。产品责任法与货物买卖法既有联系,也有区别。其联系是,货物买卖法中有关卖方对货物品质的担保规定与产品责任法的某些规定是密切相关的,最明显的就是关于产品的质量问題;其区别是,货物买卖法属于私法范畴,调整的是双方当事人基于合同所产生的权利与义务的有关问题,而产品责任法则属于社会立法,即公法的范畴,调整的是产品的生产者、销售者与消费者之间基于侵权行为所引起的人身伤亡与财产损失的有关问题。因此,把产品责任法从传统的货物买卖法中分离出来是完全必要的。

早期,无论是英美法系国家还是大陆法系国家,它们对消费者的保护,主要是基于“直接的合同关系”(Privity of Contract,也称为“合同关系不涉及第三者”)原则与民法上的侵权损害赔偿原则。

随着科学技术的迅猛发展,西方发达国家生产的商品种类日渐繁多。但是,生产的发展一方面提高了消费者物质文明的程度;另一方面,新产品损害消费者的事故也越来越多,涉及产品责任的诉讼案件也随之增多,产品责任者支付的损害赔偿金额与日俱增。为了进一步规范产品生产者的责任,更加有效地保护消费者的利益,20世纪50年代以来,西方发达国家打破了传统法律观念的框框,创立了一些新的产品责任理论与法律原则,使产品责任法有了进一步的发展。

20世纪60年代以来,特别是80年代以来,各国都致力于改革开放,发展经济,许多国家实现了梦寐以求的经济腾飞,经济实力有了巨大的增长,人民的生活水平有了明显的提高。但是,随着人类对自然资源与环境开发利用步伐的加快,全球生态环境破坏与环境污染日益严重,导致了一系列十分严重的资源与环境问题,例如,空气污染、水资源污染、温室效应、有毒危险废物的排放及臭氧层破坏等,成为当今人类社会进步与经济发 展的共同挑战。在这种背景下,西方发达国家的产 品责任法进一步扩展,把废旧产品的回收与处理也纳入了其中。

5.1.1 产品责任的概念与特征


产品责任是指产品的生产者或销售者因为产品有缺陷而给消费者或使用者造成财产损失甚至人身伤亡时所应当承担的赔偿责任。

根据这个概念,产品责任具有以下三个特征:



1. 产品责任是由产品的缺陷引起的

产品缺陷（Defect）是指产品具有不合理的危险性，这种缺陷是在生产者或销售者把该产品投入市场之前就已经存在的缺陷。

 **提示** 如果消费者或使用者在购买该产品后，擅自改动产品的性能，由此造成的财产损失或人身伤害则不属于产品责任范围，即产品的生产者或销售者对此不承担产品责任。

判断一种产品是否具有不合理的危险性的标准，是该产品在预见的可能使用的范围内是否具有合理、可靠的安全性。凡是不具有合理、可靠的安全性的产品，就可以视为具有“缺陷”的产品。一种产品是否具有缺陷，大致可以从以下三个方面做出衡量：① 设计缺陷。这主要是指产品在设计过程中，因为设计者对产品的合理性与安全性等因素考虑不全面，致使后来发生产品责任的事故。② 生产缺陷。这大体上可以分为两种情形：一种情形是产品原材料的缺陷。因为原材料的好坏不仅直接影响产品的质量，而且直接影响使用者的人身健康与生命安全。另一种情形是制造装配的缺陷。许多产品，例如，家用电器、机电产品与交通运输工具等，往往由于装配不当，致使在使用过程中零部件松动或脱落，因此造成伤害事故，甚至造成重大的人身伤亡事故。③ 指示缺陷。这是指如果生产者或销售者不做真实的广告，或者没有考虑产品安全使用所必需的种种因素，产品说明书不标准或不准确，致使消费者或使用者遭受损失。

对于上述这些“缺陷”所造成的后果，生产者或销售者均应承担相应的赔偿责任。

2. 产品责任是一种侵权责任

从严格的法律意义上说，产品责任是独立于货物买卖法的一种侵权（Tort）责任。货物买卖法中的违约行为属于民事责任，其违约责任主要是指没有履行或者没有适当履行合同义务的一方当事人，必须对其因为违约而给另一方当事人造成的经济损失承担相应的民事责任。违约的民事责任一般以过错责任原则作为基本的依据，而产品责任中的侵权责任不是以过错责任为必要条件，只要有因为产品的缺陷而造成财产损失与人身伤害的事实，侵权责任即告成立。

3. 产品责任是一种损害赔偿责任

既然产品责任是因为产品的缺陷而给消费者或使用者造成财产损失与人身伤害，那么，产品的生产者或销售者就应当承担相应的损害赔偿责任。

就赔偿金额而言，产品责任案件的赔偿金额一般要比货物买卖法的索赔金额大得多。因为在货物买卖索赔案件中，其赔偿金额一般不超过合同的金额。但是，在产品责任案件中，赔偿金额不是根据合同来确定，而是根据产品责任制度确立的赔偿原则来补偿受损失者或受伤害者的全部损失的。这种损失不仅包括过去的损失、实际的开支与将来的影响，



而且包括其所受痛苦的代价。此外,赔偿金额必须一次性支付,并且不得扣除原告可能从其他途径取得的任何补偿或津贴,如保险赔偿或者社会救济金等。

5.1.2 产品责任法的概念与特征

产品责任法是调整有关产品的生产者、销售者与消费者、使用者之间因为产品缺陷而形成的侵权赔偿关系的法律规范的总称。英美法国家的有关法律与判例与大陆法国家的民法与判例,都确立了比较完整的产品责任赔偿制度。

从西方国家的有关法律规定看,产品责任法具有下列三个特征。

1. 产品责任法实行侵权责任原则,突破了传统的契约原则

最初,产品责任是建立在传统的契约原则之上的。也就是说,对于产品缺陷给他人造成的财产损失与人身伤害,生产者或销售者承担责任与否,承担多少责任,取决于他与对方之间在合同中所规定的担保责任。如果双方之间有合同关系,那么,受害人可以就该损害向对方提起损害赔偿之诉;反之,就不能要求赔偿。

但是,随着产品责任事故的不断发生,导致许多超出合同关系的社会问题的出现,例如,因为产品缺陷而导致的伤残、死亡、医疗、保险与社会补助等,这一系列问题当然是传统的契约原则无法解决的。于是,对于由产品缺陷而引起的典型案例,欧洲、美洲各国家的法院逐步做出了突破传统的基于合同关系的归责原则的判决,然后在这些案例的基础上,从货物买卖合同法中分离并且制定出特殊的产品责任法规与国际公约。这些法规与公约对产品责任制度的规定,均超出了传统的“合同所生之权利与义务”的原则,适用侵权原则。

根据合同制度的原则,如果销售者明知货物有瑕疵而不告诉购买者时,则他除了返还已经收取的货款外,还应当赔偿对方所受的全部损失。根据侵权责任的严格规定,不论生产者是否知道产品有缺陷,他都应当对产品缺陷造成的损害承担责任。

2. 产品责任法基本上属于带有强制性的公法范畴

产品责任法属于国家的经济立法,具有公法性质,其绝大多数规定具有强制性,不仅当事人不能通过合同的订立加以修改、补充或排除,而且对于不存在合同关系的任何遭受损害的第三人,也可以根据产品责任法的规定,向法院对生产者或销售者提出侵权的诉讼,要求赔偿适当的损失。

3. 产品责任法立法的旨在保护消费者的权益

就产品责任法调整的对象而言,它所调整的只是产品缺陷引起的财产损失与人身伤害,并不包括产品本身的损害,产品本身的损害是由货物买卖法加以调整的。

在产品责任诉讼中,凡是遭受该产品伤害或涉及的人,都可以向法院起诉。例如,根据欧洲、美洲国家的产品责任法,作为原告的当事人,既可以是直接使用该产品而受伤害的消费者或使用者,也可以是其亲属或家中的任何人,甚至还可以扩大到旁观者或过路人。



提示 产品责任法与货物买卖法的区别

产品责任法与货物买卖法的区别在于：就法律性质而言，货物买卖法属于私法性质，其大多数规定是任意与灵活的，只有少数规定具有强制性。因此，买卖双方当事人可以根据具体的情况，对合同的有关规定加以修改、补充或排除。产品责任法属于国家的经济立法，具有公法性质，其绝大多数规定具有强制性。

作为承担责任的被告，不仅仅限于该产品的生产者，还包括销售者。而销售者则包括产品的进口商、批发商、经销商、零售商与代理商等。也就是说，凡是因为在产品的设计、生产、包装、运输标签及使用说明等事项中，任何一项具有缺陷而致使消费者或使用者受到财产损失或人身伤害，那么，上述所有与产品生产和销售有关的人员均应承担损害赔偿赔偿责任。当然，产品责任的最终承担者是生产者，其他中间人为产品责任所支付的损害赔偿金可以向生产者要求补偿。

产品责任法的这些规定，旨在确立与加强生产者与销售者对其生产与销售的产品应当承担相应的责任，从而最终保护消费者的权益。因此，从这种意义上说，产品责任法相当于消费者权益保护法。

5.1.3 产品责任法的性质与作用

1. 产品责任法的性质

产品责任法是调整产品的经营者（生产者和销售者）和消费者（包括其他第三者）之间因缺陷产品造成的损害赔偿关系，在性质上说既属于私法，也属于契约法。产品责任法是从根本上调整平等民商事主体之间权利义务关系的法律，因此在性质上属于私法。早期的产品责任以“直接契约关系”理论作为责任承担的依据，所谓“无契约、无责任”，因此，产品责任法属于契约法的范畴。随着社会经济的发展，保护消费者利益的呼声日渐高涨，原有的契约关系理论无法适应新的要求，产品责任的承担基础也相应过渡到过失（侵权）责任，进而转为严格（侵权）责任。这样，产品责任法就成为侵权法的重要组成部分。

从各国对产品责任法的立法状况来看，产品责任法更多地体现出国家保卫社会经济生活安全，对社会生活进行积极干预的思想：产品责任法中的大多数规范都属于强制性规范，不允许有关当事人通过合同或其他任何方式加以排除或变更；在责任承担方式上，除民事责任外，还可能要求产品经营者承担行政甚至刑事上的责任等，因此，可以说产品责任法在性质上属于具有较强公法色彩的私法范畴。

2. 产品责任法的作用

第一，保护消费者权益。从加强经营者责任的角度上讲，产品责任法使产品的生产者和销售者对于他们提供的缺陷产品给无过失的消费者造成的损害承担赔偿责任。之所以要求产品的生产者和销售者承担这种仅因产品存在缺陷，并非他们自身存在过错，从而给他人造成损害的赔偿责任，是因为他们比普通消费者更有能力防止损害的发生并承担因此所



造成的损失。因此,产品责任法的这种索赔机制,增强了消费者购买产品的安全感,更好地保护了消费者的利益。

第二,促进企业提高质量管理意识。由于经营者的责任加重,企业迫使为生存考虑,一定要向市场提供优质产品、安全产品,并不断消除自身的生产销售环节存在的各种可能影响产品安全性能的隐患。这样,企业就必须建立质量监督管理体系,以提高产品的质量,促进自身的发展。

第三,有利于建立良好的经贸秩序。产品在国内、国际的顺畅流通是以产品具有良好性能和品质为保障的。产品责任的国内、国际立法,对生产者和销售者起到了警戒和惩戒的双重作用,使其尽可能地向市场和广大消费者提供符合消费安全的产品,减少或避免因产品缺乏合理的安全性而发生的索赔,节约了贸易中的机会成本和经济成本,进而保障经贸关系的健康发展。

5.2 国际主要法系的产品责任法

5.2.1 英美法系的产品责任法

在英美法系的产品责任法中,美国的产品责任法最具代表性,它对世界各国的产品责任立法产生了重大影响。美国产品责任法主要涉及疏忽责任原则、担保责任原则和严格侵权行为责任原则。

1. 疏忽责任原则

疏忽责任原则(Doctrine of Negligence)也称过失责任原则,是指由于生产者或销售者有疏忽之处,致使产品有缺陷,从而使消费者或使用者的身体或财产遭受损害,对此,产品的生产者或销售者应当对其疏忽承担赔偿责任。



相关链接

美国产品责任法的起源

美国早期的产品责任法主要是根据契约原则,即“直接合同关系原则”制定的。该原则是指产品制造商就其产品所发生的损害对合同关系外的第三人负赔偿责任。当时的法律片面强调“无过失则无责任”,与此相关的则是没有因果关系同样不产生法律责任,即只有行为是“产生损害的充分原因”时,被告才被强制承担责任。其理由是,旨在鼓励人们为提高生产率进行冒险,而法律则应当为其服务,应当在可能的范围内,避免在生产者与经营者固有的风险之上再增加新的风险。如果生产者与经营者要对由其生产与经营活动所产生的全部损害负责,而不管其行为与损害之间的联系如何,那么,他们在市场上的生产与经营活动就没有任何安全性可言。在这种情况下承担责任的结果,势必阻碍生产与经济的发展。



疏忽责任原则的适用不仅是产品的买方，而且任何他人只要由于产品的缺陷直接受到损害，都可以对该产品的制造者提起诉讼。但是，原告负有举证责任，即既要证明被告有过失，还要证明下列事实：① 产品的设计或制造有缺陷；② 上述缺陷保持到原告受害的时候；③ 产品中的缺陷对原告来说是未知的，即必须是原告经过简单检查所不能发现的；④ 原告对产品的使用与该产品的用途一致。当然，被告也有反证的权利。

2. 担保责任原则

担保责任原则（Doctrine of Warranty）是指由于生产者或销售者违反了对产品的明示担保或法律规定的默示担保，致使产品有缺陷，从而使消费者或使用者的身体或财产遭受损害，对此，产品的生产者或销售者应当对其担保承担赔偿责任。

产品责任法的疏忽责任原则虽然突破了“直接的合同关系”，但是原告仍然负有证明产品制造人有过失的义务，而这往往是很困难的。所以，为了保护消费者的利益，美国法院经过努力，又提出了担保责任原则。

在英美法中，担保源于侵权行为，后来才成为合同法中的基本概念，但是始终没有丧失其在侵权行为法中的性质。由于担保的这种双重性，违反担保，除了负有合同责任外，依其情况，也可以构成侵权责任，而且基于被告违反其产品具有某种性质的明示担保以及具有可销性的默示担保并不依赖于对方疏忽的举证，因此，美国法院将其适用于解决产品责任问题。例如，在“1953年麦克白诉利哥特杂货公司”（Macabe v. L. K. Liggett Drug Co.）一案中，原告从被告处购得一只咖啡具（Coffee Maker），当原告根据使用说明书煮咖啡时，咖啡沸起喷到原告的脸上，造成严重的伤害。陪审团认为，咖啡具的滤器槽口不适于排放水烧开后产生的压力。法院判决，根据默示担保原则，被告仍然应负赔偿责任。

关于担保责任原则的适用，即在担保诉讼中，原告虽然不需要证明伤害或损害是由于被告的过失引起的，但是仍然必须证明下列情况：① 伤害与损害的发生；② 产品存在缺陷；③ 缺陷是伤害的近因；④ 确实存在担保以及被告违反了担保义务；⑤ 他是担保的受益人或第三方受益人。原告在担保诉讼中还必须就被告违反担保给予及时通知，否则可能会阻止他提起诉讼。

3. 严格侵权行为责任原则

由上可见，担保责任原则对受产品损害的人的起诉仍然有种种限制条件，因此，为了更加进一步关心消费者的利益，20世纪60年代以来，美国不少法学者和法官在理论上与实践中都提出了一些新的见解，特别是“1963年格林曼诉尤巴动力产品公司”（Greenman v. Yuba Power Products Inc.）一案有了新的突破。在此案中，原告从零售商处购得一种由被告制造的名叫“Shopsmith”的工具。此工具兼有锯子与钻等多种功能。原告在锯木头时，该工具突然从装置的机器中飞出，撞到原告的额头，致使其遭受严重的伤害。美国加利福尼亚州最高法院在该案的判决中明确地表示：制造人将其商品置于市场，知悉其将不会被检查是否具有瑕疵而使用时，则就此项具有缺陷商品对人身所造成的伤害，应负无过失责任，



从而形成了新的产品责任法原则——严格侵权行为责任原则 (Doctrine of Strict Liability), 又称“无过失责任原则” (Doctrine of Liability without Fault)。

根据这项原则, 只要产品有缺陷, 致使消费者的人身或财产受到损害, 则不论卖主与消费者之间有无合同关系, 也不论卖主在制造或销售产品的过程中是否有过失, 卖主都要承担赔偿责任。

在新的形势下, 美国法学会也于 1965 年在《侵权法重述》(第二版) 第 402 条 (A) 款 (Restatement of Torts, Second, 第 402 条 (A) 款, 1965) 中采取了产品制造人严格侵权行为责任原则。它虽然不具有强制规范性, 但是代表法学界权威的见解, 常被法院引用, 对美国法律有很大的影响。以下为第 402 条 (A) 款的全文:

1) 任何产品因其瑕疵对最后使用者或消费者的人身或其财产有不合理的危险性, 于下述情形, 出卖人对于使用人或消费者遭受人身上或财产上的损害, 应负赔偿责任: ① 出卖人从事经营此种产品的买卖; ② 依所预期, 商品到达使用人或消费者, 但仍保持出卖时的状态, 并无实质改变。

2) 前项规定, 于下列情况, 亦适用之: ① 出卖人对产品制造及销售已尽到可能的注意; ② 使用人或消费者与出卖人之间并无任何合同关系。


对原告来说, 以严格责任为依据对被告起诉是最为有利的, 因为严格侵权行为责任原则消除了以违反担保或以疏忽为理由提出损害赔偿时所遇到的种种困难: 第一, 严格侵权行为责任是一种侵权行为之诉 (A Form of Tort Action), 它不同于以合同为依据的违反担保之诉, 不要求双方当事人之间具有合同关系; 第二, 在以严格责任为理由起诉时, 原告无须承担证明被告有疏忽的举证责任, 因为它要求卖方承担无过失责任。在这种情况下, 原告的举证责任仅限于: ① 证明产品确实存在缺陷或不合理的危险; ② 正是由于产品的缺陷给使用者或消费者造成了损害; ③ 产品所存在的缺陷是在生产者或销售者把该产品投入市场时就有的。只要原告能证明以上三点, 被告就要承担赔偿责任。当然, 被告有权进行适当的抗辩, 以减免其责任。

这里所指的产品缺陷不仅包括设计和生产上的缺陷, 而且包括为使产品安全使用所必需的各种因素, 如产品的包装与标签、提醒用户注意的事项及安全使用说明书等。如果由于没有做到上述要求致使用户或消费者遭到损失, 卖方和制造者也应承担责任。

4. 严格产品责任法的适用范围与条件

传统上, 美国产品责任法以判例法为主要渊源, 但也有若干制定法。美国产品责任法主要是州法, 不是联邦法。美国许多州在相当完备的判例法基础上, 制定了专门的产品责任法, 使制定法成为产品责任法的渊源之一。随着社会经济的不断发展, 各州日益要求统一产品责任法。于是, 美国商务部于 1979 年 10 月颁布了专家建议文本《统一产品责任示范法》, 这项法律已在几个州被部分通过。



 **提示** 严格产品责任法保护任何因可预见产品缺陷而遭受损害的人，除最终的消费者（买受人与使用人等）外，还包括其他旁观者。

美国《统一产品责任示范法》与《侵权法重述》的有关条款对产品“缺陷”等基本问题做了明确的规定，具有重要影响，是法院判决时不可或缺的参考依据。

关于美国产品责任法缺陷产品的定义，在实践中引用得比较多的是《侵权法重述》（第二版）第402条（A）款所界定的“不合理危险的缺陷状态”。该法制定者对“不合理的危险”的解释是：“超出了购买该商品的普通消费者对它的特性的人所共知的常识的预期。”例如，威士忌是一种烈性酒，过量饮用会致醉。对于这种危险，正常的消费者都能认识到，因而不属于不合理的危险。但是，如果威士忌中被加入了工业用酒精，则属于不合理的危险，因为正常的消费者不会希望自己所购买的威士忌中含有会使人失明甚至丧生的工业用酒精。

美国法学家将产品缺陷分为三种，即制造缺陷、设计缺陷与警示缺陷。

（1）制造缺陷

制造缺陷是指由于制造过程出现问题而产生的缺陷。美国《统一产品责任示范法》第104条（A）款指出：“确定产品制造上存在的不合理的不安全性，审理事实的法官必须认定，产品脱离制造者控制时，即在一些重要方面不符合制造者的设计说明书或性能标准，或者不同于同一生产线上生产出的同种产品。”制造缺陷可能是由产品的零部件导致的，或者由产品的装配过程造成的，也可能是产品的原材料有问题造成的。

（2）设计缺陷

设计缺陷是指产品设计本身存在的缺陷。《统一产品责任示范法》第104条（B）款对设计缺陷的规定是：“为了确定产品设计上存在不合理的不安全性，审理事实的法官必须认定，产品在制造时即存在造成原告损害或类似损害的可能性，这类损害的严重性在价值上超过制造商为设计能够防止这类损害的产品所承受的负担，以及替代设计对产品实用性的相反影响。”

（3）警示缺陷

① 警示缺陷的含义。美国《统一产品责任示范法》第104条（C）款对警示缺陷的解释是：“与产品有关的危险或产品的正确使用没有给予适当警告或指示，致使产品存在不合理的不安全性。”这可分为“并非不合理的危险”与“不合理的危险”两种。许多产品都有一定程度的危险，例如，小到儿童玩具，大到电视机与汽车等。如果生产者与销售者对这类危险有恰当的警告与指示，指出产品的危险所在、正确使用与避免危险的方法，上述危险就是一种并非不合理的危险。如果没有或缺乏恰当的警告与指示，消费者对上述危险、正确使用与避免危险的方法一无所知或没有足够的了解，危险就是不合理的，产品就因此构成警示缺陷。也就是说，当一种产品有其内在危险时，法律就把向用户与消费者提出警示的义务施加给生产者与销售者。生产者与销售者没有履行其提出警示的义务，或者履行



得不够,就构成侵权。② 警示缺陷的判断。一般而言,要求制造商对其所知道的或理应预见到的不太了解情况的任何使用者提供与其产品有关的危险的警示。这包括警示义务的程度和警示的恰当性两个方面。

严格产品责任是对企业活动所设的责任,以经常从事相关营业活动的企业为规范对象。对提供产品及劳务活动,均可适用。应负产品责任法的人包括制造商(Manufacturer)、装配商(Assembler)、批发商(Wholesaler)、零售商(Retailer)、委托人(Bailor)与出租人(Leaser)等。

美国《统一产品责任示范法》规定,损害包括财产损害、人身肉体伤害、疾病与死亡以及由此引起的精神痛苦或情感伤害。财产损害的范围不包括直接或间接的经济损失,那是属于合同法的问题。在实践中,法院对人身损害赔偿判定的数额较大,精神损害赔偿占其中大部分。美国产品责任法的特色之一是规定了惩罚性赔偿。这对于惩罚在生产与销售中的恶意或轻率行为,预防类似行为的发生,具有重要作用。根据美国法院的判例,原告可以提出的损害赔偿范围相当广泛,判决的赔偿金额也相当可观,通常在100万美元以上,有时高达上亿美元。

原告可提出的损害赔偿包括人身伤害的赔偿、财产损失的赔偿、商业上的损失赔偿与惩罚性的损失赔偿。人身伤害的损害赔偿范围包括因肢体伤残所遭受的痛苦、精神上所遭受的痛苦、生活收入的损失与失去谋生能力的补偿,以及过去与将来所需的合理医疗费用开支等。其中对人身伤残的补偿要比实际支出的医疗费用及其他实际开支大得多,为补偿受害人的精神痛苦与不幸遭遇而判给的赔偿额往往占赔偿总额的大部分。财产损失补偿一般只限于修理被损失财产的合理费用与修理或重置其不能使用该财产的损失。商业上的损害赔偿是指有缺陷的产品的价值与完好合格的产品价值之间的差价。惩罚性的损害赔偿通常是补偿性赔偿之外的附加赔偿,其金额一般很高,几乎没有最高限制,这对被告极为不利。

5. 产品责任的减免

在产品责任诉讼中,被告可以提出某些抗辩,要求减轻或免除其责任。被告可以提出的抗辩根据原告起诉的诉因之不同而有所不同。被告的抗辩主要有以下几种。

(1) 担保的排除或限制(Disclaimer or Limitation of Warranty)

《美国统一商法典》允许卖方排除其对货物的明示担保与默示担保(如商销性的担保与适合特定用途的担保等)。在产品责任诉讼中,如果原告以被告“违反担保”为理由对其起诉,被告如果已经在合同中排除了各种明示或默示担保,他就可以提出担保已被排除作为抗辩。这就是“依合同约定而免除”原则。

依合同约定而免除(Waiver by Contract)是指当事人之间对于货物的缺陷可能引起的损害必须以合同中的约定限制其责任。但是,当事人之间的约定以不得妨碍公共政策为限。

(2) 疏忽分担

疏忽分担指受害人因其过失对于产品的缺陷未能发现或对于缺陷可能引起的损害未能



适当预防，那么应当负担其中一部分责任。但是需要注意的是，在严格侵权责任案件中，疏忽分担在被加害者引用来抗辩时，其效力将受到很大的限制。

疏忽分担分为两种情况：与有疏忽（Contributory Negligence）和相对疏忽（Comparative Negligence）。

① 与有疏忽是指原告在使用被告所提供的有缺陷的产品时也有疏忽之处，由于双方的疏忽而使原告受到伤害。根据普通法早期所确立的原则，与有疏忽在侵权之诉中是一种充足的抗辩理由。因此，在以疏忽为依据提起的产品责任诉讼中，如果一旦确认原告有“与有疏忽”，原告就不能向被告要求任何损害赔偿。但是近年来，美国许多州已通过立法或判例放弃了与有疏忽原则而采用相对疏忽原则。

② 相对疏忽是指尽管原告方面也有一定的疏忽，但是法院只是根据原告的疏忽在引起损害中所占的比重，相对减少其索赔的金额，而不是像与有疏忽那样使原告不能向被告请求任何损害赔偿。现在，美国许多州都把相对疏忽原则适用于严格责任之诉。

（3）自担风险（Assumption of Risk）

自担风险是被告在产品责任诉讼中可以提出的另一种抗辩。所谓自担风险，是指原告已经知道产品有缺陷或带有危险性，尽管如此，原告也甘愿将自己置于这种危险或风险的境地，并甘愿冒风险而使自己受到损害。根据美国法的规定，无论原告是以被告违反担保还是以疏忽或严格责任为由起诉，被告都可以提出“自担风险”作为抗辩。

（4）非正常使用产品或误用与滥用产品（Unnormal or Misuse or Abuse of the Product）

在产品责任诉讼中，如果原告由于非正常地使用产品或误用与滥用产品，从而使自己受到损害，被告可以以此为理由提出抗辩，要求免除责任。但是，当被告提出原告非正常使用产品或误用与滥用产品的抗辩时，法院往往对此加以某种限制，即要求被告证明原告对产品的误用或滥用已超出了被告可能合理预见的范围。如果这种对产品的误用或滥用是在被告可能合理预见的范围之内，被告就必须采取措施加以防范，否则就不能免除责任。

（5）擅自改动产品（Subsequent Alteration）

如果原告对产品中部分零部件擅自加以变动或改装，从而改变了该产品的状态或条件，致使自己遭受损害，那么被告就可以原告擅自改变产品的状态或条件为理由提出抗辩，要求免除责任。

（6）带有不可避免的不安全因素的产品

如果某种产品即使正常使用，也难以完全保证安全，而且权衡利弊，该产品对社会公众是有益的，是利大于弊的，则制造或销售这种产品的被告可以要求免除责任，其中，以药物最为典型。因为有些药物不可避免地含有某种对人体有害的副作用，但又确实能治疗某些疾病。在这种情况下，制造和销售这种产品的卖方只要能证明该产品是适于加工与销售的，而且他已提醒使用者注意该产品的危险性（如药物的副作用），他就可以要求免责。

至于“发展风险”，即将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现之缺陷作为抗辩理



由,美国多数州将其作为免责条件。即使在严格责任的诉讼中,被告也可以提出这些抗辩。

6. 关于诉讼时效

在美国,各州对产品责任诉讼时效的起算方法有较大差异。《统一产品责任示范法》建议,一般诉讼时效为2年,从原告发现或者在谨慎行事情况下应当发现产品的损害及其原因时起算。该示范法还通过规定产品的安全使用期来体现最长诉讼时效,即规定10年为最长责任期限,除非明示了产品的安全使用期长于10年。

7. 产品责任法的诉讼管辖权与法律适用问题

美国的产品责任法虽然是国内法,但它在某些情况下也可适用于涉及产品责任的对外经贸争议案件。当外国的产品输入美国时,如果由于产品的缺陷,使得美国的消费者或用户遭到人身伤害或财产损失时,美国的消费者或用户可以根据产品责任法对美国的进口商、经销商与零售商起诉,要求赔偿损失。在美国法院认为有管辖权的情况下,蒙受损害的美国消费者或用户还可以对外国的出口商与该产品的制造商在美国法院提起诉讼,要求他们承担赔偿责任。另外,当美国的产品出口到外国时,如果由于产品的缺陷,使得外国的消费者或用户遭到人身伤害或财产损失,外国消费者或用户也可以援引产品责任法要求美国的出口商与生产者赔偿损失。但是,这类案件属于涉外民事案件,处理这类案件时往往要涉及复杂的管辖权问题与法律适用问题。

(1) 关于诉讼管辖权问题

当美国的消费者或用户在美国法院对外国的出口商或生产者提起产品责任的诉讼时,美国法院首先要确定它对该案是否有管辖权,特别是是否享有对人的管辖权的问题。这个问题在美国法律中是一个十分复杂的问题。总的来说,美国法院有一种扩大管辖权的倾向。美国各州都制定了一些法律,用以确定法院对不居住在美国的被告是否享有对人的管辖权的标准。

关于产品责任的诉讼,目前美国采用所谓“长臂法”(Long-arm Statute),又称“伸手管辖法”。它是指法庭可以对不在本州内接受传票直接送达的非居民被告取得对人的司法管辖权。这是由于产品责任案是对人的诉讼(Personal Jurisdiction),而根据《美国宪法》第5条修正案的规定,只要被告与审判地有某种“最低限度的联系”(Minimum Contact),则州法院对非本州的居民有司法上的管辖权。

“长臂法”是美国产品责任法中有关管辖权问题的法律规范。美国法院有关“长臂法”管辖的产品责任案例,确立了在以下四种要件情况下州法院有权管辖州外的加害者:

1) 有“接触”(Contacts)关系。在“1961年格雷诉美国散热器及标准卫生公司”(Gray v. American Radiator & Standard Sanitary Corp)一案中,美国宾夕法尼亚州的零件制造厂制造的加热器在伊利诺伊州发生爆炸,而爆炸的主要原因是该加热器有缺陷,对此,伊利诺伊州法院认为,零件制造厂在本案中的销售活动已经构成了与伊利诺伊州有“接触”,因此,伊利诺伊州法院有管辖权。



2) 有“商业交易”(Transaction of any Business)。在“1965年塔卡国际航空公司诉英格兰罗尔斯-罗伊斯航空有限公司”(Taca International Airlines s. A. v. Rolls-Royce of England, Ltd.)一案中, 英格兰航空有限公司的一架飞机在美国境外坠毁。原告以该公司有过失为由提起诉讼。法院认为, 英格兰航空有限公司的分公司在纽约州有营业活动, 因此, 纽约州法院对伦敦的总公司有管辖权。

3) 有“预见的可能性”(Foreseeability)。在“1969年双体汽车有限公司诉霍林斯沃思”(Double Motor Bodies Ltd. v. Hollingsworth)一案中, 美国夏威夷州一原告乘坐英国制造的观光汽车时, 因汽车发生故障而受伤, 其向汽车制造厂提起诉讼。法院认为, 该汽车由制造厂明知在夏威夷州使用而设计, 经过通常交易途径出售时, 应负担其可能预见由于产品的缺陷所致损害的责任, 因此, 判决夏威夷州法院有管辖权。

4) 有“经商行为”(Doing Business)。在“1971年本诉林登起重公司”(Benn v. Linden Crane Co.)一案中, 法院对于在瑞典有营业所的被告所制造的起重机, 在美国宾夕法尼亚州发生故障致使原告受伤害的案件, 认为被告将该起重机经中间商以间接运送方式送到宾夕法尼亚州出售, 此种行为即可以构成宾夕法尼亚州法律所指的“经商行为”的要件, 因此, 判决法院有管辖权。

此外, 美国不仅有一套完整的产品责任理论, 而且还制定了一系列具体的法规, 以及有相应的执法机构实施, 以便最大限度地保护消费者的利益。

在联邦一级, 美国最主要的执法机构是“联邦贸易委员会”。“停止违法行为令”是该委员会的基本执法工具。这些命令是在以下两种情况下发布的: 一是委员会对违反了有关规定的行为做出行政裁定, 然后发出“停止违法行为令”; 二是在委员会颁布了某项具体的贸易法规规则之后, 也可以发布这种命令。

根据1975年的立法, 该委员会有权在地区法院对违反贸易法规规则的行为提起民事诉讼, 为消费者寻求以下补救措施: 撤销合同、退还款项、返还财产与损害赔偿等。根据国会的立法, 该委员会在对欺骗性广告宣传与销售做法, 以及产品包装与标签等方面制定了一系列具体的法规, 做了大量的管理工作。

(2) 关于法律适用问题

在涉外产品责任诉讼中, 根据美国的冲突法规则, 通常是适用损害发生地法来确定当事人的责任, 即产品在什么地方对消费者或用户造成了损害, 就适用那个地方的法律来确定产品的生产者和销售者的责任。

但是, 20世纪70年代以来, 这项原则受到了批评, 特别是在涉及汽车事故的产品责任案件中。由于汽车到处行驶, 经常跨州越国, 如果完全以出事地点的法律来确定汽车的生产者或销售者的产品责任, 有时可能对受害者不利。因此, 近年来, 美国一些有影响的州, 如纽约州与加利福尼亚州, 已经不再坚持适用损害发生地法, 而是转为适用对原告最为有利的地方的法律, 以便保护美国原告的利益。



5.2.2 大陆法系的产品责任法

德国法院主要是以德国民法典与商法典作为处理产品责任案件的依据的。德国法在历史上采用疏忽责任原则，并通过侵权行为法的交易安全及注意义务，合理地运用证据法原则，由此规范产品生产商的责任。

在产品责任的诉讼中，即使受到损害的消费者与该产品的生产商之间无合同关系，也可以根据侵权行为法的有关规定请求损害赔偿。但是在诉讼中，德国法又有一些不利于原告（消费者）的规定，例如，在以违反买卖合同中的担保责任为由起诉时，原告不能直接对产品生产商起诉，除非他与该产品生产商有直接的合同关系，同时，产品生产商可以进行抗辩，只要提供该产品的缺陷在生产该产品时在技术上是无法知道的证明，产品生产商就可以免除保证责任；在以侵权为由起诉时，原告对产品生产商的疏忽必须负举证责任的规定显然不利于消费者。但是，1968年11月，联邦德国最高法院在“家禽瘟疫案”（BGHZ 51, 91）判决中确立了具有指导性的原则，即原告不对被告产品生产商的过失举证，而是由产品生产商对其该产品是否存在缺陷承担举证责任，原告对销售商起诉时，仍然必须负证明该销售商存在疏忽的责任。这表明德国在某种程度上采取了严格责任原则，从而使产品责任法更能有效地保护消费者的利益。

在确定有关产品责任的管辖权方面，德国法采用被告住所地原则，即依被告住所地决定管辖权的原则。如果明确属于侵权行为的诉讼，根据德国法的规定，由侵权行为地法院行使管辖权。

至于国际产品责任案件的法律适用问题，德国一般适用传统的侵权行为地法。如果侵权行为地（加害行为地）与损害发生地不在一处时，则适用有利于受害人的法律，即依加害行为地法或依损害发生地法。



特别提示

大陆法国家没有像美国那样发达的产品责任法，多数国家没有关于产品责任的专门立法，在实践中主要是通过解释民法典中有关产品责任的规定，以此作为判决的依据。

5.2.3 中国关于产品责任的法律规定

1986年4月《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）颁布前中国没有产品责任的法律制度，《民法通则》第一次将产品责任问题纳入其调整范围，使产品责任纠纷有了一般性法律依据。1993年以前，中国没有专门的产品责任法，只有一些分散的单行立法。例如，1986年4月5日国务院颁发的《工业产品质量责任条例》，《产品质量监督试行办法》及《工业产品生产许可证试行条例》等。1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》），后于2000年7月和2009年8月对该法进行了两次修改。其内容包括：总则；产品质量的



监督管理；生产者、销售者的产品质量责任；损害赔偿；罚则；附则，共6章74条。我国目前的产品责任法律体系主要包括民事基本法《民法通则》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》和一些单行法律法规及最高人民法院相关司法解释。其中调整产品责任最主要的法律依据是《产品质量法》。我国的《产品质量法》不同于一些国家的《产品责任法》，因为在这些国家的《产品责任法》中，仅仅规定产品侵权责任问题，而我国的《产品质量法》是产品质量监督部门进行产品质量监督管理的最基本的依据。同时，它还是消费者对产品质量责任人提起民事诉讼的法律依据。

1. 关于产品质量法的适用范围

《产品质量法》第2条规定，在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。《民法通则》第122条规定：“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。”也就是说，凡是因为产品质量问题而造成的人身和财产损失，有关责任人必须承担责任。受损害者有权选择或向生产者或向销售者要求赔偿损失。即使生产者与销售者没有责任，而是由于中间的运输者或仓储保管者的责任，受损害者也有权直接向生产者或销售者要求赔偿，因为虽然他们没有过错，但是必须首先承担赔偿责任，然后他们可以向有关运输者或仓储者要求补偿其损失。

2. 关于承担赔偿责任的原则

《产品质量法》规定因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任，缺陷指产品存在不合理的危险。这说明在承担责任的原则上《产品质量法》采用的是严格责任原则，也就是无过失责任原则。同时提出了生产者免责的理由：① 未将产品投入流通的；② 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；③ 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

3. 关于产品范围与产品缺陷

关于产品的范围，《产品质量法》第2条规定，本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。建设工程不适用本法规定；但建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

关于产品缺陷的定义，《产品质量法》明确规定，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

4. 关于赔偿损失的范围

《产品质量法》第44条规定，因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成



受害人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。

5. 关于产品责任的诉讼时效

《产品质量法》第45条规定，因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

5.3 国际产品责任统一法

随着国际贸易的急剧增长，各国的产品在国际范围内的流动日益频繁，国家之间的产品责任争端与案件也随之增多。第二次世界大战后，为了提高产品质量，保护消费者的合法权益，对产品责任进行国际调整，越来越引起各国的重视。但是，各国之间的产品责任法存在很大的差别，所以需要做出统一。在统一的产品责任法没有形成以前，目前国际上有三个区域性的产品责任公约，全部集中在欧洲：《关于造成人身伤害和死亡产品责任欧洲公约》（也称《斯特拉斯堡公约》）、《关于产品责任的法律适用公约》和《关于对有缺陷产品责任的指令》。

5.3.1 《关于造成人身伤害和死亡产品责任欧洲公约》

《关于造成人身伤害和死亡产品责任欧洲公约》（以下简称《关于人身伤亡的产品责任公约》）是由欧洲理事会用了3年时间拟订出来的。1977年1月27日，该公约缔结于法国的斯特拉斯堡，并供开放签字参加。奥地利、比利时、法国和卢森堡等国家签署了该公约。该公约由正文与附件组成，其中正文共有17条。

1. 适用范围

《关于人身伤亡的产品责任公约》的适用范围仅限于对人的伤害、致死等方面的案件，调整由于缺陷产品造成人身伤害和死亡所引起的赔偿责任问题，不包括缺陷产品对财产造成的损害所引起的产品责任。

2. 关于产品的定义

《关于人身伤亡的产品责任公约》第2条规定，“产品”一词是指所有动产，包括天然动产或工业动产，无论是未加工的还是加工过的，即使组装在另外的动产内或组装在不动产内。例如，桥梁是不动产，但建筑桥梁用的钢筋水泥仍可作为动产对待，如果桥梁内钢筋水泥等建筑材料有缺陷致使桥梁断裂造成人员伤亡，那么该钢筋、水泥的生产厂商应承担



担产品责任。

3. 关于缺陷的定义

《关于人身伤亡的产品责任公约》第2条C款规定：考虑包括产品说明在内的所有情况，如果一件产品没有向有权期待安全的人提供安全，则该产品有缺陷。

4. 关于责任主体

《关于人身伤亡的产品责任公约》将生产者确定为产品责任的承担主体，并进一步解释了生产者的范围：① 制造商，包括成品或零配件的生产者、天然产品的生产者与组装商；② 任何以将产品投入流通为目的的按商业惯例进口产品的人；③ 任何使自己名字、商标或其他标志特征出现在产品上将其作为自己产品的出示者；④ 产品没有标明生产者时，每个供应者应被视为生产者，除非根据索赔人的要求，供应者将生产者或前提供者的身份在合理的时间内告知索赔人。

5. 规则原则

《关于人身伤亡的产品责任公约》规定了严格责任原则，并且如果数人对同一损害都负有责任时，他们之间承担连带责任。

6. 赔偿和免责

《关于人身伤亡的产品责任公约》没有对赔偿额进行最高限制，而是相反，确立了最低限制。它规定，对每个死者或伤者的赔偿额不得少于相当于7万特别提款权的国内货币；对同类产品的相同缺陷造成的一切损害的赔偿额不得少于相当于1000万特别提款权的国内货币。

但如果存在以下情形，生产者可以不承担责任：① 生产者未将商品置于市场销售；② 依情况判断，在产品投入流通时，造成损害的缺陷尚不存在或缺陷是投入流通后由第三人造成的；③ 造成损害的缺陷产品不是用于销售、出租或为经济目的的分销，而又非在商业过程中制造或分销；④ 受害人本身的过失。不过在最后一种情况下，应考虑所有情况后决定减少或免除生产者的责任。如果损害既是由产品的缺陷，又是由第三方的行为或疏忽所造成，则不应该减轻生产者的责任。此外，《关于人身伤亡的产品责任公约》第8条还规定，本公约规定的生产者责任，不得以任何免责或解除义务的条款加以排除或限制。

7. 时效

《关于人身伤亡的产品责任公约》规定了诉讼时效为3年，自申请人发觉或必须合理地发掘损害、缺陷及生产者的身份之日起计算。如果诉讼未自在生产者将造成损害的单个产品投入流通之日起10年内提出，根据《关于人身伤亡的产品责任公约》的规定，则受损害者丧失对生产者要求赔偿的权利。

5.3.2 《关于产品责任的法律适用公约》

《关于产品责任的法律适用公约》是于1972年由第十二次海牙国际私法会议制定的，



1973年10月2日签订,1977年10月1日起生效。批准该公约的国家包括法国、荷兰、挪威、比利时、意大利、卢森堡、葡萄牙与奥地利等。

《关于产品责任的法律适用公约》对“产品”的范围、“损害”的含义与对有缺陷的产品承担严格责任的人做出了规定。《关于产品责任的法律适用公约》所指的“产品”包括天然产品与工业产品,不论是未加工还是加工,是动产还是不动产。“损害”是指由于产品本身的缺陷,或产品本身虽然没有缺陷,但是由于对产品所做的错误的说明或未能适当地告知产品的质量、特点或使用的方法,致使消费者或使用者在使用时造成的人身及财产的损害以及经济损失。对产品损害应负责赔偿的人员包括制成品或零部件的制造商、天然产品的生产商、产品的供应商、产品制造或商业分配环节中的其他人员,甚至包括修理人员、仓库管理员及上述列举人员中的代理人或雇员。

《关于产品责任的法律适用公约》规定,法律适用规则采用下列三项原则:① 适用损害地国家的国内法,该损害地必须是直接受害人的惯常居住地,或该产品责任人的主营业地,或直接受害人取得产品地;② 适用直接受害人惯常居住地国家的国内法,该直接受害人惯常居住地必须是该产品责任人的主营业地,或直接受害人取得产品地;③ 在其他情况下,当事人可选择适用该产品责任人主营业地国家的法律,或损害发生地国家的法律。这些规定对受损害的消费者是有利的。

5.3.3 《关于对有缺陷产品责任的指令》

为了协调欧洲共同体各成员有关产品责任的法律,欧洲共同体理事会组成了专家委员会,于1976年完成了《关于对有缺陷产品责任的指令》(以下简称《指令》)的草案,并于1985年7月25日通过了《指令》,要求各成员国在1988年8月1日以前采取相应的立法加以实施,但是允许其有某些取舍的余地。

《指令》共有22条,其主要内容如下。

1. 采取无过失责任原则

《指令》对产品责任放弃了欧洲大陆法传统的过失责任原则,采用无过失责任原则(Liability Without Fault),这是一个很大的变化,做出这种改变的主要出发点是为了使消费者获得更充分的保护。因为当代技术产品纷繁复杂,需要在生产者与消费者之间适当地分摊风险,而在两者之中,生产者处于相对有利的地位,他们能够而且应当通过严格的设计、加工与检验程序尽量减少产品的危险性,他们还可以通过产品的责任保险,将保险费加在货价中从而使自己获得保障。因此,在立法指导思想上当加重生产者的责任,使消费者受到更加有力的保护。

基于上述考虑,《指令》明确地规定,在产品责任诉讼中,受害的消费者只须证明他受到损害与产品有缺陷的事实,以及两者之间存在因果关系,无须证明生产者有过失,即可以使该产品的生产者承担责任。



2. 关于生产者的定义

《指令》第1条规定，生产者应对有缺陷的产品所引起的损害承担责任。因此，确定谁是“生产者”是一个十分重要的问题。《指令》对生产者所下的定义是广义的，它包括：①制成品的制造者；②任何原材料的生产者；③零部件的制造者；④任何将其名称、商标或其他识别标志置于产品之上的人；⑤任何进口某种产品在共同体内销售、出租、租赁或在共同体内以任何形式经销该产品的人；⑥如果不能确认谁是生产者，则该产品的供应者即被视为生产者，除非受损害的消费者在合理的时间内得到生产者已被查获的通知。

3. 关于产品的定义

《指令》的另一项重要内容是确定该指令所指的“产品”的定义。根据《指令》的规定，所谓产品，是指可以移动的物品，但是不包括初级产品与戏博用品。但是，该指令的各成员国可以通过国内立法，将上述两种产品包括在“产品”的定义范围之内。经过工业加工的农产品则包括在“产品”的范围内。

4. 关于“缺陷”的定义

《指令》对缺陷的定义采用客观标准。根据这种标准，如果产品不能提供一般消费者有权期望得到的安全，该产品则被认为是有缺陷的产品。在确定产品是否有缺陷时，要考虑各种情况，其中包括：产品的状况、对产品的合理预期与使用、把产品投入流通的时间。但不能因为后来有更好的产品投入市场，就认为先前的产品有缺陷。例如，在20世纪60年代，汽车座位上都没有安全带，当时不认为这种汽车是有缺陷的产品。但是如果在80年代生产的汽车中没有装设安全带，就会被认为是有缺陷的产品。对产品的操作与使用说明书，也是涉及产品的安全性的因素之一。

5. 关于损害赔偿

根据《指令》的规定，可以请求损害赔偿的范围，主要包括财产损失、人身伤害与死亡。对有缺陷的产品自身的损失，一般不予以考虑；对不超过500欧洲货币单位的损害亦不予以考虑，以免引起过多的小金额诉讼。特别需要指出的是，《指令》对“痛苦”的赔偿有所保留，它认为这是属于非物质性的损害赔偿，应当根据有关国家的国内法做出处理。这点与美国产品责任法有所不同。

6. 对产品责任的抗辩根据

《指令》规定，在产品责任诉讼中，被告可以提出以下三种抗辩。

（1）无罪责

如果生产者能证明自己没有罪责，他就可以不承担责任。这主要包括以下六种情况：

- ① 该生产者并没有把该产品投入市场。
- ② 引起损害的缺陷在生产者把产品投入市场的时候并不存在或者这种缺陷是在后来才出现的，例如，是由于对产品的不适当使用而引起的。
- ③ 生产者制造该产品并非基于经济目的而用于销售或经销，也并非在其营业中制造或经销。



④ 该缺陷是由于遵守公共当局发布的有关产品的强制性规章而引起的。⑤ 根据生产者将产品投入市场时的科技知识水平,该缺陷不可能被发现。这种抗辩又称为“发展的风险”(Development Risks)或“现有水平”(State of the Act)抗辩。由于各成员国的法律对这种抗辩持不同的态度,因此,《指令》允许各成员国在各自的法律中对是否采用这种抗辩自行做出取舍。⑥ 零件的制造者如果能证明该缺陷是由于该产品的设计所致,而不是零件本身的缺陷,则可以不承担责任。

(2) 时效

在产品责任诉讼中,时效已过也是重要的抗辩理由。《指令》对时效做出了以下规定:

① 受损害者的权利自生产者将引起损害的产品投入市场之日起 10 年届满即告消灭,除非受害者已经在此期间对生产者起诉;② 《指令》要求各成员国必须在其立法中规定提起损害赔偿诉讼的时效,该诉讼时效为 3 年,从原告知道或理应知道受到损害或产品有缺陷及谁是生产者之日开始计算。《指令》对时效的中止与中断没有做出规定,因此,有关时效中止与中断的问题,应根据所适用的国内法处理。

(3) 赔偿的最高限额

生产者的责任原则上应当是没有限制的,但是,《指令》允许成员国在立法中规定,生产者对于由于同一产品同一缺陷引起的人身伤害或死亡的总赔偿责任不得少于 7 000 万欧洲货币单位。

此外,《指令》还规定,生产者不得以合同或其他办法限制或排除其对产品的责任。这表明产品责任属于强制性的法律规定,不能由当事人以合同任意予以排除或限制。

本章小结

产品责任法是调整产品制造者或销售者因所制造或销售的产品具有某种瑕疵或缺陷,从而给产品消费者或其他第三者造成损害而引起的赔偿关系的法律规范的总和,在性质上属于侵权法范畴,体现出现代民商法发展的国家干预的社会本位倾向。

产品责任的构成要件有三个:产品存在缺陷、消费者或其他第三者受到损害以及损害与缺陷之间有因果关系。

美国产品责任法的归责基础理论经过了四个发展阶段:早期信奉英国“无契约、无责任”原则,后来发展为疏忽责任理论、担保责任理论、严格责任理论。

产品责任的免责,是指责任主体基于法定事由而免除对损害赔偿责任的承担。对于具体免责事由,各国及公约规定不尽相同,一般认为有以下几项:产品未投入流通领域;产品投入流通时不存在致人损害的缺陷;产品不是为赢利目的而生产、销售的;产品的缺陷是由于遵循政府的强制性规定所致;产品缺陷是将其投入流通时的科技水平尚不能发现的。

产品责任的法律适用主要为解决涉及不同国家当事人的产品责任问题,其核心为确定准据法。



复习思考题

1. 产品责任的构成要件有哪些？

2. 分析题：某起重机械制造公司将起重机组装件卖给某建筑商，由该建筑商在工地上进行组装。原告是一名有经验的起重机架设者，他注意到有些齿轮运转不灵活，并用粉笔记下了齿轮不灵活的位置，说他要报告此事。但在问题解决之前他就开始安装起重机。结果组装件掉下，他被砸中致死。法院裁定被告没有责任，为什么？

3. 比较美国《产品责任法》与德国《产品责任法》的免责范围。

4. 实训题：你是某外贸企业的销售经理，在对美国的贸易中，有一种产品给美国的消费者造成了损害，诉讼在美国提起并适用美国法律，作为中方代表，你可以提出哪些抗辩理由争取免责。



引导案例

A公司是否要为甲的无权代理行为负责

【案情介绍】

甲长期担任A公司的业务主管，在A公司有很大的代理权限。在甲的努力下，A公司生意兴隆，新老客户遍及世界。由于A公司的董事长嫉妒甲的才能，无理解雇了甲。甲怀恨在心，于是在遭解雇一个月后，继续假冒A公司的名义从老客户B公司处骗得货物，逃之夭夭。B公司要求A公司付款，A公司则以甲假冒公司名义为由拒绝付款。B公司坚持认为在其与甲做生意期间，他并不知甲已被A公司解雇，并且也未收到关于A公司已解雇甲的任何通知，故B公司是不知情的善意第三人，A公司仍应对甲的无权代理行为负责。双方相持不下，对簿公堂。

【法律问题】

在本案例中，所涉及的法律问题主要是：按照国际商法的代理法原则，A公司是否要为甲的无权代理行为负责？甲是否也要对于假冒公司名义而承担责任？

【法理分析】

① 这是一个委托人撤回了代理人的代理权后，委托人与代理人之间代理关系的消灭是否对第三人生效的问题。英美法和大陆法的许多国家的法律普遍认为，这取决于第三人是否知情。如果第三人知情，第三人就不能要求原委托人对代理人的行为负责；反之，委托人则应负责，以保护善意的第三人的利益。

在本案中，由于B公司对A公司与甲之间在交易前已终止代理关系并不知情，故有权要求A公司对甲的无权代理行为负责。

② 甲的行为从商法的角度来看是无权代理行为。在确定了A公司对B公司的付款责任后，甲要向A公司承担还款的责任。如果A公司不承担对B公司的付款责任，则甲应向B公司承担付款责任。从另一角度上说，甲骗得货物逃之夭夭，若构成诈骗，则同时要负刑事责任。

（资料来源：史学赢，乔达.国际商法[M]. 北京：清华大学出版社，2006.）

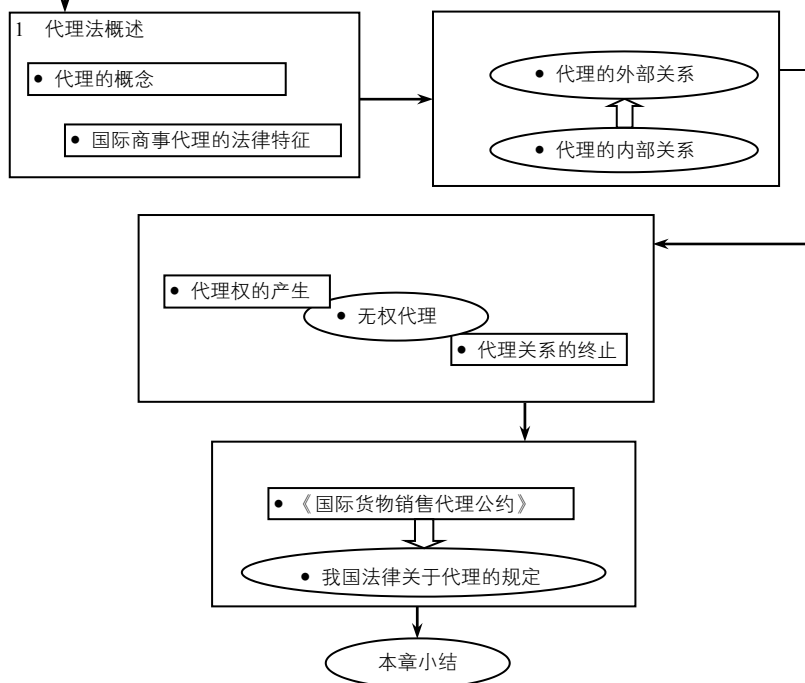


学习目标

- ◆ 素质目标：能够掌握代理及其法律关系。
- ◆ 知识目标：了解代理、无权代理、表见代理及承担特别责任的代理的概念、作用及具体法律规定；认识代理行为中当事人之间的权责关系及具体规定；掌握采用代理的策略。
- ◆ 技能目标：依据代理行为的概念和具体规定，基本掌握在各种商事法律关系中选择和应用代理关系的方法和技巧。
- ◆ 能力目标：具有根据商事代理基本原理、方法进行代理选择，正确运用代理法律和公约的能力。

学习导航

第6章 代理法





6.1 代理法概述

在现代商品经济条件下,商品交换的发达,社会关系的日趋复杂,使得人们不可能事事亲历亲为。自17世纪出现了商业代理关系以来,在国际经济贸易活动中,许多工作都是通过各种代理人完成的,其中包括普通代理人、运输代理人、保险代理人、广告代理人及银行代理人等,代理制度得到了广泛应用。

对于促进国际贸易的发展,沟通当事人之间的业务联系,代理人起着相当重要的作用,同时,这也导致了更为复杂的社会关系的产生。为此,各国都很重视代理法律关系、代理人的法律地位问题,并通过立法确认代理制度,规定了一系列的调整代理关系的规则。

6.1.1 代理的概念

代理(Agency)是指代理人按照被代理人的授权,代表被代理人与第三人订立合同或为其他法律行为,由此产生的权利、义务直接对被代理人发生效力的行为。在代理关系中,主要涉及三方面的当事人:被代理人、代理人和第三人。被代理人,又称本人,是委托他人为自己从事某种行为的人;代理人就是接受被代理人的委托,替被代理人订立合同或为其他法律行为的人;第三人则泛指一切与代理人共同完成代理行为的人,也称相对人。代理人应在被代理人授权的范围内行事,被代理人为代理人在权限范围内所为的代理行为负责,既取得代理行为产生的权利,也要承担由代理行为产生的义务,代理人一般不对自己的代理行为负责。

6.1.2 国际商事代理的法律特征

国际商事代理是指代理人按照被代理人的授权或者法律规定,代表被代理人从事与第三方签订国际商事合同或为其他有法律意义的国际商事行为,由此产生的权利和义务直接对被代理人发生法律效力的一种服务。

国际商事代理具有以下法律特征:① 国际商事代理的行为是具有法律意义的行为,根据有关的法律,该行为能产生、变更或消灭法律上的权利和义务;② 国际商事代理的根据是被代理人的授权及相关法律规定。代理绝大部分产生于被代理人的授权。除此之外,为了维护某些当事人的利益,很多国家通过法律规定,在某些场合下,代理人可以不经被代理人的授权而获得代理人的资格。③ 代理行为产生的权利和义务直接属于被代理人。尽管代理行为是代理人做出的,但是其法律后果一般直接归属于被代理人。当然,如果代理人和被代理人及第三人另有规定的除外。



6.2 代理的法律关系

代理人与被代理人之间的关系为代理关系的内部关系，代理人、被代理人与第三人之间的关系为代理的外部关系。

6.2.1 代理的内部关系

1. 代理人的义务

代理关系一旦成立，代理人对被代理人就要承担各种义务。代理人的义务主要分为以下几个方面。

（1）亲自履行的义务

代理人不得转授其代理权的基础是委托人对代理人的信任。所以，在一般情况下，代理人与其委托人之间的关系具有特定身份性质，代理人除可依正常商业方式雇用职员和助手外，原则上不得雇用他人替其从事代理活动，不得转授其代理权，而应亲自履行代理事务。

但是，假使代理人不得转授代理权的基础是委托人对代理人的信任，那么，如果委托人的授权明显地不是基于他对代理人的信任，或者不是因为代理人必须显示的特殊技能而授予的代理权，或者事情可以由任何具有同样能力的人处理时，代理人则并非不得转授代理权。但凡被授予“独占代理权”的代理人在任何条件下均不得转授代理权或雇用“准代理人”。就各国代理法例关于要求代理人亲自履行义务的适用范围来看，亲自履行代理义务的规则既适用于有偿代理，也适用于无偿代理。无偿代理人有权拒绝委托代理，但无权将委托人的授权转授他人。

（2）按委托人意志或利益履行的义务

代理人的这项义务适用于合同代理人和无偿代理人。代理人履行代理义务必须符合委托人的授权范围。如果委托代理协议中规定有明确的授权范围，并且该委托授权范围合法，代理人就必须遵守，他没有酌情权。即使委托人的授权不够恰当，只要代理人不存在劝告的义务，他就必须遵照执行而不必为后果负责。

代理人有义务明确确定授权内容，在默示授权的情况下，代理人的代理行为必须与他从事业务的一般性质相一致，必须与交易或其他习惯、惯例相符合。但是，如果既没有明确的授权，又没有惯例指导，在这种情况下，代理人应在尽可能符合委托人的最大利益的原则下独立地从事代理活动。

对于专业代理人，他有义务劝告或警告委托人谨慎授权，然后再履行遵守授权的义务，如果委托人并不考虑代理人意见，代理人必须按代理合同从事代理活动，否则他必须向委托人负违约的责任。



（3）履行代理职责的义务

无论是有偿的代理人还是无偿的代理人，如果他未勤勉谨慎地履行代理义务，或者在替被代理人处理事务时有过失，致使被代理人遭受损失，代理人应对被代理人负赔偿的责任。当然，有偿代理人与无偿代理人遵守谨慎尽职的义务的程度不同。《法国民法典》第1992条规定：“受托人，不仅对于诈欺负责，并对其处理事务中发生的过失负责。关于过失责任的处理，无偿的受托人应较接受报酬的受托人为轻。”关于无偿代理人应履行的义务，一般来看，无偿代理人可以不履行代理事务，但如果履行了代理事务，他就必须达到勤勉谨慎的标准，否则要对此负责。

从勤勉谨慎程度上来看，无偿代理的勤勉谨慎程度要比有偿代理的勤勉谨慎程度低一些。但是，目前普通法国家的一些学者认为，从事代理活动无论是否有偿，只要代理人同意为他人无偿代理，就应与有偿代理一样勤勉谨慎地进行。

（4）代理人对本人应诚信、忠实的义务

代理人必须向本人公开他所掌握的有关客户的一切必要的情况，以供本人考虑决定是否同该客户订立合同；代理人不得以本人的名义同代理人自己订立合同，除非事先征得本人的同意；代理人不得受贿或密谋私利，或与第三人串通损害本人的利益。代理人不得谋取超出其本人给他的佣金或酬金以外的任何私利。如果代理人接受了贿赂，本人有权向代理人索还，并有权不经过事先通知而解除代理关系，或者撤销该代理人同第三人订立的合同，或者拒绝支付代理人在受贿交易上的佣金。本人还可以对受贿的代理人 and 行贿的第三人起诉，要求他们赔偿由于行贿受贿订立合同而使他遭受的损失，即使代理人在接受贿赂或图谋私利时，并未因此而影响他所做的判断，也没有使本人遭受损失，但本人仍然可以行使上述权利。根据《英国1906年反贪污法》（Prevention of Corruption Act 1906）的规定，受贿的代理人 and 行贿的第三人都是刑法上的犯罪行为，情节严重者可追究刑事责任。

代理人在代理协议有效期间或在代理协议终止之后，都不得把代理过程中所得到的保密情报或资料向第三者泄露，也不得由他自己利用这些资料同本人进行不正当的业务竞争。但另一方面，在代理合同终止后，除经双方同意的合理的贸易上的限制外，本人也不得不适当地限制代理人使用他在代理期间所获得的技术、经验和资料，因为根据某些国家关于限制性商业做法的法律，这种限制是无效的。

（5）代理人须向本人汇报账目的义务

代理人记录账目并把相关内容通知委托人。如果代理人不能提供清楚的账目，他不但要失去报酬，而且代理事务中的任何其他损失也要由他承担。如果代理人不交出账目，他就有将委托人的财产转变为自己的财产之嫌，并可以被禁止处分自己的财产。除此之外，代理人还应正确地核算代理权范围内属于委托人的财产或金钱，并应明确区分属于委托人的财产和代理人自己的财产。

代理人必须按委托人的要求，准确地向委托人申报所有的收入和支出。账目申报时间



一般都在代理合同中加以规定。代理人还要按要求向委托人交出所有涉及履行代理事务的记录，这些代理记录被视为委托人财产的组成部分。

2. 本人的义务

（1）支付佣金的义务

① 大陆法系国家法律规定，凡是在指定地区享有独家代理权的独家代理人，对于本人同指定地区的第三者所达成的一切交易，不论该代理人是否参与其事，该代理人都有权要求佣金。《德国商法典》第 87 条还有一项强制性规定，即商业代理人一经设定，他就有权取得佣金，即使本人不履行订单，或者履行的方式同约定有所不同，代理人都有权取得佣金。但是，如果由于不可归咎于本人的原因出现了履约不可能的情况，则不能适用上述规定。为了保护商业代理人的利益，有些大陆法系国家在法律中还规定，在本人终止商业代理时，商业代理人对其在代理期间为本人建立的商业信誉，有权请求给予补偿。

② 英美法系国家法律规定，如果本人与第三者达成的交易是代理人努力的结果，代理人就有权取得佣金。如果经过代理人与买方谈判，最后由买方向本人直接订货，或者代理人向本人推荐了买方，买方所出的价钱与标价相比较即使偏低，代理人也可以要求佣金。但如果本人没有经过代理人的介绍而直接同代理地区的买方达成交易，代理人一般就无权要求佣金。但这些法律规则往往可以通过双方当事人的协议或行业惯例而改变，特别是在指定地区的独家代理协议中，有时会规定代理人对所有来自代理地区的订货单都可以获取佣金。

关于代理人所介绍的买方再次向本人订货时，代理人是否有权要求付给佣金的问题，主要取决于具体代理合同的规定。特别是在代理合同终止后，买方再次向本人订货是否应支付给代理人佣金的问题，如代理合同没有明确规定，在本人与代理人之间往往会引起争执。因为在代理合同终止后，本人仍然可以利用代理人为他建立的商誉和工作的成果。根据英美法院判例，如果代理合同没有规定期限，只要本人在合同终止后接到买方的再次订货，本人仍需向代理人支付佣金；如果代理合同规定了一定期限，则在期限届满合同终止后，代理人对买方向本人再次订货就不能要求本人给予佣金。但即使在代理人对再次订货有权要求佣金的情况下，代理人也只能要求对再次订货的佣金损失给予金钱补偿，而不能要求取得未来每次订货的佣金。

（2）履行代理合同条款的义务

如果代理合同规定了代理关系的存续时间，在合同没有载明委托人可以提前终止合同时，委托人应根据代理合同的规定允许代理人履行代理职责。如果委托人授予代理人进行某项行为的特殊权利，委托人不能将这种特殊的代理权再授予其他任何人，并且委托人也不能亲自取代这种已经授予代理人的特殊代理权。

（3）对代理人的补偿义务

1) 各国代理法例中均包括委托人对于代理人在正常代理活动中所支出的合理费用和



遭受的损失有义务给予补偿，这其中既包括对有偿代理人的补偿，也包括对无偿代理人的补偿。

各国法律一般规定，补偿的程度应达到完全的补偿，不仅包括代理人为了委托人的利益在法律上必须支付的款项，还包括代理人为委托人的利益就履行代理义务所支出的费用。但是，如果所遭受的损失是由于代理人自己的过失或者疏忽造成的，而委托人对此并无过失，代理人则无权得到补偿。

对无偿代理人的补偿分为以下两种情况：一是即使没有代理合同，也能够构成一个独立的默示补偿合同，在这种情况下，补偿是完全的补偿；二是如果这种默示补偿合同不能构成，代理人要求补偿的性质是偿还性质的，则委托人应予补偿。但是，补偿仅限于委托人有法律义务支付的、委托人已从无偿代理中得到利益的，并且属于代理人受法律所强迫支付的费用。而且，如果无偿代理人的代理行为违法或超越代理权限从事无权代理或在履行代理义务的过程中有过失，委托人将不负责补偿，无偿代理人也无权诉请赔偿。

2) 在代理人进行正常的代理活动中，有时由于无法预料的原因，致使代理人从事的代理事务遭受损失，如不可抗力等，而代理人对代理事务所遭受的损失并无过错，在这种情况下，代理人对所遭受的损失不承担责任，应当由委托人对代理人由此而受到的损失给予补偿。

(4) 让代理人核查其账册的义务

某些大陆法国家在法律中明确规定，代理人有权检查核对委托人的账册，以便核对委托人付给代理人的佣金是否准确无误，并且将其作为一项强制性的法律规定。代理合同当事人双方均不得在代理合同中做出相反的规定。

6.2.2 代理的外部关系

1. 大陆法系

关于第三人是同代理人还是同本人订立了合同这个问题，大陆法所采取的标准是看代理人是以代表的身份同第三人订立合同，还是以他自己个人的身份同第三人订立合同。如果代理人是以代表的身份同第三人订立合同时，这个合同就是第三人同本人之间的合同，合同的双方当事人是第三人与本人，合同的权利义务直接归属于本人，由本人直接对第三人负责。在这种情况下，代理人在同第三人订立合同的时候，可以指明其本人的姓名，也可以不指明本人的姓名，而仅声明他是受他人的委托进行交易，但无论如何，代理人必须表示作为代理人身份订约的意思，或者依订约时的环境情况可以表明这一点，否则就将认为是代理人自己同第三人订立合同，代理人就应对该合同负责。如果代理人是以他个人的身份同第三人订立合同，则无论代理人事先是否得到本人的授权，这个合同都将认为是代理人与第三人之间的合同，代理人必须对合同负责。在这种情况下，本人原则上同第三人没有直接的法律上的联系，基于这种标准，大陆法把代理分为直接代理和间接代理两种。



如果代理人在代理权限内以代表的身份，即以本人的名义同第三人订立合同，其效力直接归于本人的，称为直接代理；如果代理人以他自己的名义，但是为了本人的利益而与第三人订立合同，日后再将其权利和义务通过另外一个合同移转于本人的，则称为间接代理。

在大陆法国家，直接代理称为商业代理人，间接代理称为经纪人。经纪人虽然是受本人的委托并为本人的利益而与第三人订立合同的，但在订约时不是以本人的名义同第三人订约，而是以代理人自己的名义订约。因此，这个合同的双方当事人是代理人与第三人，而不是本人与第三人，本人不能仅凭这个合同直接对第三人主张权利。只有当代理人把他从这个合同中所取得的权利转让给本人之后，本人才能对第三人主张权利。

在间接代理的情况下，本人需要经过两道合同手续才能对第三人主张权利，第一是间接代理人与第三人订立的合同；第二是代理人把有关权利转让于本人的合同。

2. 英美法系

（1）显名代理

如果代理人在同第三人订约时已经表明他是代表指名的本人订约的，在这种情况下，这个合同就是本人与第三人之间的合同，本人应对合同负责，代理人不承担个人责任。代理人在订立合同后，即退居合同之外，他既不能从合同中取得权利，也不对该合同承担义务。但下列情况除外：如代理人以他自己的名字在签字蜡封式的合同上签了名，他就要对此负责；如代理人以他自己的名字在汇票上签了名，他就要对该汇票负责。

英国过去的法律认为，英国的代理人代表外国的本人从事代理业务时，英国代理人须承担个人责任。但现在这项法律原则已经改变，英国代理人在为外国的本人在授权范围内从事代理活动时，已不再承担个人责任。

（2）隐名代理

如果代理人在同第三人订立合同时表明他是代理人，但不会指出他为之代理的本人的姓名，在这种情况下，这个合同仍被认为是本人与第三人之间的合同，应由本人对合同负责，代理人对该合同不承担个人责任。按照英国的判例，代理人在同第三人订立合同时，如仅在信封抬头或在签名之后加列“经纪人”（Broker）或“经理人”的字样是不足以排除其个人责任的，而必须以清楚的方式表明他是代理人，至于他所代理的买方或卖方的姓名或公司的名称则可不在于合同中载明。

（3）未披露本人身份的代理

如果代理人得到了本人的授权，可是他在同第三人订立合同时根本不披露有代理关系一事，即不披露有本人的存在，更不指出本人是谁，这在英美法上称为未被披露的本人的代理人。如果这样，代理人在同第三人订约时没有披露有代理关系的存在，相当于把自己置于本人的地位同第三人订立合同，因此，他应当对合同承担法律上的责任。在这种情况下，未被披露的本人直接依据这个合同取得权利并承担义务是否恰当呢？对于这个问题，英美法的答案是肯定的，即未被披露的本人原则上可以直接取得这个合同的权利并承担其



义务。具体来说,有以下两种方式:一是未被披露的本人有权介入合同并直接对第三人行使请求权或在必要时对第三人起诉,如果他行使了介入权,他就使自己对第三人承担个人的义务;二是在第三人发现了本人之后,享有选择权,他可以要求本人或代理人承担合同义务,也可以向本人或代理人起诉。但第三人一旦选定了要求本人或代理人承担义务之后,他就不能改变主意,再对他们当中的另一个人起诉。第三人对他们中的任何一个人提起诉讼程序就是他做出抉择的初步证据,这种证据可以被推翻,如果被推翻,则第三人仍可对他们中的另一个人起诉。但一旦法院做出了判决,便成为第三人做出抉择的决定性的证据,若第三人对判决不满意,他也不能对他们当中的另一个人再行起诉。



辨析 大陆法的间接代理与英美法的未披露本人身份的代理的区别

两者有相似之处,但在英美法中,未被披露的本人的法律地位同大陆法间接代理的本人的法律地位是截然不同的。按照大陆法,间接代理关系中的委托人不能直接凭代理人 与第三人订立的合同而对第三人主张权利,而必须由代理人同他在订立合同中把前一个合同的权利移转给他,他才能对第三人主张权利,即需要经过两个合同关系,才能使间接代理关系中的委托人同第三人发生直接的法律关系;但按照英美法,未被披露的本人有介入权,他无须经过代理人把权利移转给他,就可以直接对第三人主张权利。而第三人一经发现了未被披露的本人,也可以直接对本人起诉,即只需要有代理人同第三人间的 一个合同,就可以使未被披露的本人直接同第三人发生法律关系,不需要再有另一个合同。这是英美法同大陆法的一个重要区别。

6.3 代理权的产生与代理关系的终止



提示 代理权是代理人以被代理人的名义与第三人进行交易的资格。代理人具有代理权是基于法律上的原因,大陆法系与英美法系对代理权的产生有着不同的规定。

6.3.1 代理权的产生

1. 大陆法系代理权的产生

大陆法系国家把代理分为两种:一种是由于本人的意思表示而产生的,称为意定代理或委任代理 (Voluntary),另一种是非由于本人的意思表示而产生的,称为法定代理 (Statutory)。

(1) 意定代理

意定代理是指由被代理人的意思表示产生的代理权,是最常见的一种代理关系。这种代理权的意思表示可以采用书面形式,也可以采用口头形式。如依《德国民法典》,土地买卖合同必须采取公证形式,但如果被代理人以口头形式授权代理人代理他向他人购买土地,



这种口头授权也有效。但法律规定必须采用书面形式的,应当采取书面形式。《德国民法典》第167条规定,代理权可以向代理人表示,也可以向代理人进行法律行为的第三人表示。被代理人的这种意思表示应是一种有相对人的意思表示,相对人既可以是代理人,也可以是代理关系中的第三人。

（2）法定代理

法定代理指代理人依据法律规定直接获得代理权的代理,具有这种代理权的代理人为法定代理人。法定代理权的产生主要基于以下几种情况:

- 依法律的规定而享有代理权,如父母对未成年子女享有代理权;
- 根据法院的选任而产生代理权,如法院选定的破产管理人、监护人及法人清算人等;
- 因私人的选任而产生的代理权,如未成年人的亲属所选任的监护人或遗产管理人等。

此外,由于公司不能直接从事经营活动,必须通过代理人来处理业务,公司的董事就是第一位代理人,并有权指定第三人为代理人。

2. 英美法系代理权的产生

英美法上的代理主要是契约代理,也就是委任代理。因此,一般情况下,代理关系通过协议产生,但在某些情况下,即使被代理人事实上并未授权给代理人,被代理人仍要受代理人代理行为的约束,此外,代理关系还可能因事后的追认产生。依英美法,代理权可以因以下原因产生。

（1）明示授权

明示授权 (Expressed Authority), 即明示指定, 是指被代理人以明示授权的方式指定某人为代理人。这种代理协议的成立并不需要特定的形式, 可采用书面形式, 也可以采用口头形式。即使代理人需要以书面形式与第三人订立合同, 被代理人仍可以采用口头形式授予代理权, 除非出现以下情况:

① 被代理人要求代理人用签字蜡封的方式与第三人订立合同, 才须采用签字蜡封的方式授予代理权, 这种要式的授权文书称作“授权书”(Power of Attorney)。

② 如果某人是公司的代理人, 他就必须经要式的文书的指定。

③ 代理人从事代表公司董事签署公司发起书或经公司董事同意进行的活动时, 必须经书面授权。

（2）默示授权

默示授权 (Implied Authority) 是指基于被代理人的言辞或行为, 致使代理人或第三人相信代理人有权代替被代理人从事某种法律行为而产生的代理权。默示代理主要有以下几种情况:

1) 以言语或行为默示而产生的代理权。依英美法系国家的判例规则, 如果某人的言语或行为包含有他默许另一人代表他订立合同的意图, 那么应推定他与后者之间存在有效的代理关系。例如, 乙基于惯例为甲向丙订购货物, 事后甲按期足额付款, 这种情况下, 甲



的行为就被认为具有默示授予代理权的效力,如日后,甲不需要乙以他的名义订购货物,除要通知乙外,还要通知丙,否则如果乙继续以甲的名义向丙订购货物,甲仍需向丙负责,这在英美法上被称为“不容否认的代理”。

2) 以身份关系、合作行为推定产生的代理行为。以身份关系推定产生的默示代理,最典型的是配偶间的默示代理。根据英美判例原则,如果丈夫实际地授权妻子购买家庭必需品,则妻子无疑地具有其丈夫所授予的真实代理权。但如果妻子自己有收入,便不能推定她有以其丈夫的信用为她自己而非家用必需品购物的权利。如果妻子所购货物为非必需品,或尽管为必需品,但其订购数量和范围超过了丈夫的收入水平,则默示的推定代理便不能成立。以合作行为推定产生默示代理,最典型的是合伙人之间的默示代理。根据英美等国合伙法的规定,合伙人之间互为代理人,其中任何一个合伙人依合伙经营的方式订立的合同,对其他合伙人均有默示代理效力。

明示授权和默示授权在英美法中同属于实际授权。实际授权是指被代理人与代理人之间通过协议或合同给予代理人的代理权。在1964年的“弗里曼诉巴克赫斯特园林房地产有限公司”一案中,Diplock法官曾指出:实际授权是一种存在于被代理人与代理人之间的、由他们各自为当事人的合法协议产生的法律关系。

(3) 客观必须的代理权

客观必须的代理权(the Agency of Necessity)是在一个人受委托照管另一个人的财产,并为了保存这种财产而必须采取某种行动时产生的代理权。在发生这种代理事由的情况下,尽管财产管理者未得到财产所有人的委托,但其所进行的代理行为是为被代理人的利益,由于客观情况的需要,应被视作代理行为人具有代理权,代理行为的后果归于被代理人。但在实践中要证明这种代理权是非常困难的,根据英美法院的判例,行使这种代理权应具备以下几个条件:

- 行使这种代理权是实际上和商业上所必需的;
- 代理人在行使这种代理权之前无法与被代理人取得联系,以得到被代理人的指示;
- 代理人所采取的措施必须是善意的,并且必须考虑到所有有关各方当事人的利益。

(4) 追认或后成代理

追认代理(Subsequent Authority of Ratification)指在代理人未经授权或超出了授权范围,以被代理人的名义同第三人订立了合同,实施代理行为,事后该行为得到了被代理人的批准或承认,这种行为就是追认。追认代理也叫后成代理,追认的法律后果就是使代理人越权或无权的代理行为对被代理人具有约束力,追认原则通常用来矫正代理人权利的轻微瑕疵,阻止不必要的诉讼。按英美判例,追认既可以明示的口头或书面方式做出,也可依被代理人的作为或不作为默示形式做出。

被代理人的追认具有溯及力,自该合同成立时即对被代理人生效。追认代理应具备以下几个条件:



1) 代理人在订立合同时必须声明其是以被代理人的身份订立合同，代理人在没有得到授权的情况下，打算替被代理人订立合同，他就应把这种意图事先告诉第三人，且原则上应指出或第三人可以推定出被代理人的姓名或商号。

2) 被代理人应在代理人进行代理行为期间和追认代理期间具有该授权的行为能力，这主要是针对法人，因为根据英美法的判例，如果代理人为尚未成立的公司订立合同，即使以后公司经注册成为法人，也无权追认该合同。

3) 被代理人在追认代理行为时，必须了解代理行为的主要内容，如果代理人隐瞒了主要事实，被代理人已进行的追认没有约束力。

4) 被代理人必须在第三人撤回其与代理人所进行的民事行为之前进行追认，且追认的代理行为必须合法，无法律效力的行为不能追认。

5) 必须是对法律行为的全部而不是部分的追认。英美法庭一般不允许被代理人只追认合同中对其有利的部分，否则，便是将一个第三人没有订立的合同强加于第三人。

另外，如果代理人与第三人所订立的合同采用了签字蜡封的方式，被代理人的追认也必须以蜡封的方式进行。

6.3.2 无权代理

无权代理是指行为人没有代理权而以他人名义进行的代理行为。依无权代理的原因和后果归属不同，各国立法把无权代理分为狭义无权代理和表见代理。两者的法律后果有所不同。

1. 狭义无权代理

狭义无权代理即一般意义上所说的无权代理，指代理人在既无代理权，也无法在表面上使第三人相信其具有代理权的情况下，以被代理人名义进行的代理行为。

在大陆法系国家，行为人的无权代理行为对被代理人不发生任何法律效力，除非被代理人主动追认无权代理人所为的无权代理行为。在被代理人有权对无权代理行为追认的期间之前，这种无权代理行为的有效性处于不确定状态。为了保护第三人的利益，大陆法国家为第三人设立了催告权和撤回权制度。催告权是指第三人可以自行规定一个合理的期限，催告本人明确承认或否认无权代理的代理行为，如果被代理人逾期不作表态，则视为否认。撤回权是指在本人对无权代理行为进行追认之前，第三人有权撤回与无权代理人所谓的行为。但如果第三人在为有关法律行为时已知代理人无代理权的，则不能撤回。

关于无权代理人对第三人的责任问题，大陆法系各国的规定有一些差异。大多数国家都认为，如果第三人在订立合同时，不知道代理人无代理权，是善意且无过失，无权代理人应对第三人承担责任。如果第三人明知代理人无代理权，而与之订立合同，则第三人无权向无权代理人要求赔偿。但对于无权代理人的责任内容，《法国民法典》和《瑞士的债务法》认为，无权代理人不是民事行为的当事人，只有请求损害赔偿的权利；但《德国民法



典》第179条规定,无权代理人以他人的名义订立合同时,如果被代理人拒绝追认,应按第三人选择无权代理人,负履行合同或赔偿损失的义务,即第三人对无权代理人的行为有选择权,他既可以要求无权代理人负损害赔偿 responsibility,也可以要求无权代理人履行合同义务。

英美法将无权代理称为违反代理权的默示担保(Breach of Implied Warranty of Authority)。当代理人与第三人订立合同时,代理人对第三人有一项默示的担保义务,即保证他是有代理权的,如果代理人并没有得到被代理人的授权或越出了授权范围,则第三人就可以其违反代理权的默示担保对其进行起诉,无权代理人应对第三人承担责任。

但关于无权代理人的赔偿责任,英美法则缺少这方面的规定。英美法的默示担保原则的基础是契约,如果代理人欠缺代理权且被代理人不加追认,则该代理人须向第三人承担由于违反默示担保原则引起的损害赔偿 responsibility。值得注意的是,无权代理人的行为无论是出于善意还是疏忽,他都要为违反默示担保的行为负责,即使他不知道其代理权已因为被代理人的死亡或精神错乱而终止,他仍然要对其行为负责。与大陆法不同,英美法规定,对代理人违反默示担保的诉讼只能由第三人提起,而不能由被代理人提起。

从总体上看,英美法上的无权代理对第三人的责任比大陆法严格,但这个区别并不是根本性的。

2. 表见代理

表见代理是无权代理的一种特殊形式,是指行为人虽然没有代理权,但善意第三人客观上有充分理由相信行为人具有代理权,而与之作为法律行为,该法律行为的后果直接由被代理人直接承担的代理。表见代理在本质上是无权代理,但为了保护善意第三人,各国法律一般都赋予表见代理行为以代理的效力。

(1) 大陆法中的表见代理

大陆法中的表见代理是指由于某种正当理由,善意的第三人相信无权代理人具有代理权的代理。各国法律一般都规定表见代理行为是有效的。表见代理与狭义的无权代理的区别是,表见代理的发生是由于被代理人的原因,各国法律均规定由被代理人承担代理人的代理行为所产生的后果,而狭义的无权代理产生的原因则出于无权代理人的原因,无权代理行为的后果处于不确定状态。表见代理的构成要件是:

- 被代理人知道或理应知道无权代理人为其代理。
- 无过失的第三人凭借被代理人的讲话、印章、介绍信或其他行为,有正当理由相信无权代理人具有代理权。

(2) 英美法中的表见代理

《德国民法典》是第一次规定表见代理制度的,其第170~173条的规定已包含被德国民法学上认为是表见代理的内容。英美法上没有抽象法律行为的概念,但英美学者同德国一样,强调以代理权的客观性和对内部关系的独立性来说明代理权限的问题,英美法中与表见代理类似的制度是“不容否认的代理”。具体指被代理人虽未向代理人授权,但他的言



行表明他已同意授权，如果第三人已依照该明显的授权而采取的行动时，则被代理人不能否认他的言行，而必须视为已向另一方授权。“不容否认的代理”的主要特征是，被代理人通过他的言行表明代理人已获得他的授权，仅凭代理人的陈述而没有被代理人的言行加以支持，则不能构成被代理人授权。



辨析 表见代理与狭义的无权代理的区别

表见代理的发生是由于被代理的原因，各国法律均规定由被代理人承担代理人的代理行为所产生的后果。而狭义的无权代理的产生则出于无权代理人的原因，无权代理行为的后果处于不确定状态，如被代理人追认，代理行为有效；反之，被代理人不承担无权代理行为的后果。表见代理的构成要件是：

- ① 必须是“代理人”以本人名义实施意思表示或受领意思表示。
- ② 必须是本人以其行为表示赋予行为人以代理权。
- ③ 第三人在行为上是善意无过失的。
- ④ 必须是委托代理。在法定代理中不存在授权行为，因此也就不存在表见代理。

6.3.3 代理关系的终止

代理关系终止是指根据代理关系中的双方当事人的协议或行为表示以及某些法定事由的出现，致使代理权消灭的情况。

1. 代理关系终止的情形

代理关系的终止有两种情况：一是依当事人的行为或协议而终止，二是依法律规定而终止。

（1）依当事人的行为或协议而终止代理关系

依当事人的行为或协议而终止代理关系的情况主要有以下几种：

① 代理目的实现或代理期限届满。代理目的的实现是指代理任务全面完成。如果双方当事人代理合同中订有期限，则代理关系于合同规定的期限届满时终止；如果合同中没有规定期限，当事人可以通过双方的协议终止代理关系。

② 被代理人依法撤回代理权。法律规定，原则上允许被代理人在代理关系存续期间内撤回代理权，在终止代理关系时，被代理人应事先给代理人以合理时间的通知；如果被代理人在代理关系存续期间不适当地撤销代理关系，被代理人应对代理人的损失负赔偿责任，但是，这种强制性的规定只适用于未规定期限的代理合同。

依据英美法的规定，对被代理人单方面撤回代理权有一定的限制，如果被代理权的授予是与代理人的利益结合在一起的，被代理人就不能单方面撤回代理权。

③ 代理人放弃代理权。代理关系如果是建立在意愿的基础之上，代理人在任何时候都有权放弃代理权。此外，如果被代理人因错误行为而导致犯罪，代理人在任何情形下都有权终止合同。



(2) 依法律规定终止代理关系

一般来说,依各国法律,发生以下事由时代理关系自动终止:

- 1) 被代理人取得或恢复民事行为能力,法定代理人或指定代理人的代理权终止。
- 2) 被代理人或代理人死亡、破产或丧失行为能力,代理关系自动消灭。但有些国家有些不同规定,如在德国司法实践中,存在所谓的死后代理权制度,即委托代理权的授权人死后仍由代理人进行代理的制度。
- 3) 法律的改变使得代理成为非法。
- 4) 主要标的物灭失。

2. 代理关系终止的效果

代理关系终止后,无论在代理人与被代理人之间,还是在被代理人、代理人与第三人之间,都会产生一定的法律后果。

(1) 被代理人与代理人之间的法律后果

代理关系终止后,代理人不得再以被代理人的名义进行代理行为,否则属于无权代理,承担无权代理的法律后果。此外,代理合同终止之前应履行的权利义务不因代理关系的终止而受影响。对于代理人,不因被代理人的死亡而剥夺其应得的佣金及代理费用,也不因此减轻代理关系终止之前其违反合同应承担的责任。

一些大陆法国家规定,被代理人除依法在合理期间通知代理人解除代理关系之外,代理人在代理合同终止时,可就其为被代理人建立起来的商业信誉而要求公平补偿。

(2) 对于第三人的法律后果

被代理人撤回代理权或终止代理合同对第三人是否有效,主要取决于第三人是否知情。根据各国的法律,代理关系终止时,必须通知第三人才能对第三人发生效力。如未通知第三人,第三人在不知情的情况下与代理人订立了合同,合同对被代理人仍有效力,但被代理人有权要求代理人赔偿其损失。

代理人放弃代理权对第三人是否产生影响,同样取决于第三人是否知情,否则合同对被代理人仍具有约束力,被代理人有权起诉代理人赔偿损失。

6.4 国际代理统一法和我国的代理法

随着国际贸易的发展,代理制度被更为广泛地应用。由于各国法律规定的差异,国际贸易代理也引起了十分复杂的法律冲突。

这些差异主要集中表现在以下三个方面:

- 1) 在代理概念的理论方法上,大陆法系和英美法系存在较大的分歧。比如,大陆法把代理的委托与授权的概念严格区别开,而英美法则认为它们等同。
- 2) 在国际私法领域,尤其是在代理权的设立方面,适用调整内部关系的法律;而此项



权利的行使及效力,则适用调整外部关系的法律。这种内部关系与外部关系划分上的困难,具有很大的不确定性。

3) 这些难以解决的问题还在增加。因为各国旨在保护直接代理人的现代立法有很大差别,而且各国立法在各自的社会环境中,它们都有其存在的理由。

6.4.1 《国际货物销售代理公约》

1983年的《国际货物销售代理公约》(Convention on Agency in International Sale of Goods,以下简称《代理公约》)是目前调整和统一各国代理法的矛盾和冲突的最重要的一个公约。该公约是在国际私法协会的主持下拟订并在1983年日内瓦外交会议上获得通过的。

1. 《代理公约》的适用范围

1) 公约所规范的代理包括的内容很广泛,无论代理人实施行为是以自己的名义还是以被代理人的名义,无论是在授权范围内还是超越了代理权限,无论是完全的无权代理还是将代理行为建立在表见授权的基础上,均构成国际货物销售代理。

2) 代理活动的性质。《代理公约》在第1条第2款中明确规定,《代理公约》不仅调整代理人订立货物销售合同的行为,也调整代理人旨在订约或有关履行合同的任何行为。

3) 《代理公约》所适用的货物销售代理必须具有国际性。所谓国际性,是指被代理人与第三人营业所处于不同的国家,且代理人须在某个缔约国内有营业场所,或者能够依国际私法规则导致某个缔约法律的适用。如果第三人在订立合同时不知道或无从知道代理人以代理人身份行事,则只有在代理人与第三人营业所处于不同国家时,才属于国际销售代理。当事人的国籍和当事人或销售合同的民事性质或商事性质,不影响货物销售代理的国际性质。

4) 《代理公约》所规定的规则只调整被代理人与代理人一方,第三人为另一方时,两者之间的关系。不调整被代理人与代理人之间的内部关系。

5) 一些特殊的代理不在《代理公约》调整的国际货物销售代理范围内,其主要有证券交易所、商品交易所或其他交易所的交易上的代理;拍卖商的代理;因法律实施而创设的代理。

2. 代理权的设定形式

关于代理权的设定问题,《代理公约》规定,被代理人对代理人的授权可以明示,也可以默示,并且无须用书面形式或书面证明,也不受其他任何形式要求的限制;授权为口头或默示形式时,也可以用任何方式(包括人证)予以证明。委托人或代理人营业地的缔约国在批准该公约时,如果要求必须以书面形式授予代理权的,可以对上述规定做出保留。

3. 代理权的终止

《代理公约》规定的代理权的终止原因有以下两个。



(1) 根据当事人的行为终止

这主要包括依被代理人与代理人之间的协议而终止；由于为之授权的一笔或数笔交易已经完成而终止；无论是否符合被代理人与代理人的协议条款，代理权因被代理人撤回或代理人放弃而终止。

(2) 代理权可依其所适用法律的规定而终止

《代理公约》采用了概括性的规定方法，没有详细列出诸如死亡、丧失行为能力、破产或履行不可能或代理行为变为非法等原因。

4. 代理行为的法律效力

对于代理行为的法律效力，公约依代理人有无代理权，将其分为两种。

(1) 代理人在被代理人的授权范围内所进行的代理行为

《代理公约》规定，如果是授权范围内代表被代理人所做出的行为，并且第三人已经知道或理应知道代理人的代理身份与范围，在这种情况下，被代理人与第三人均要受代理人与第三人签订的合同的约束，除非有这样一个限制，即代理人在其与被代理人签订的佣金合同中规定，代理人的行为约束代理人自己。

《代理公约》规定，如果代理人代表被代理人在授权范围内行事，第三人对此不知道或不可能知道，由此而签订的合同就只约束代理人与第三人，不约束被代理人。

《代理公约》关于代理人和第三人同意代理人仅约束其自己，则代理行为仅对代理人和第三人发生效力的规定，是对大陆法系上关于间接代理的一般方法的承认。这与英美法系中关于被代理人或第三人在一定条件下可以相互直接主张权利的原则有一定的矛盾。

1) 代理人因第三人不履行义务或其他原因未履行或无法履行其对被代理人的义务时，被代理人可以行使代理人从第三人那里取得的权利，同时他也要相应地承担第三人可能对代理人提出的任何抗辩。

2) 当代理人没有履行或无法履行其对第三人的义务时，第三人发现了不公开的被代理人后，可以直接对被代理人行使其从代理人那里取得的权利，但该第三人同时承担代理人可能对第三人提出的任何抗辩，以及被代理人对代理人提出的任何抗辩的双重限制。

3) 按《代理公约》的规定，一旦被代理人或第三人收到该通知，就不得再与代理人进行交涉而解除自己的义务。如果代理人是在第三人不知道被代理人的情况下以自己的名义与第三人订立合同的，则当被代理人不履行义务致使代理人未履行或无法履行其对第三人的义务，从而出现代理外部关系中的单方违约情况时，代理人负有将被代理人的姓名通知给第三人，以使第三人能进行责任追究的义务。

4) 如果第三人因竞争、国际禁运、特殊商业政策等原因而只愿与代理人订立合同并提出过声明，这说明第三人若知道被代理人的身份就不会订立合同，此时，被代理人不得对第三人要求代理人代表被代理人所取得的权利。

《代理公约》的这些规定与英美法系上的规定大致相同，但它对被代理人的介入权和第



三人的选择权加了一些限制，规定只有在代理人未履行其对被代理人的义务或对第三人的义务时方能行使。

（2）代理人无权代理或越权代理的法律效力

《代理公约》对无权代理和越权代理的规定主要有：

1）一般原则。《代理公约》规定：“当代理人未经授权或超越代理权限范围行事时，其行为对被代理人 and 第三人没有约束力。”为保护善意第三人的利益，《代理公约》规定：对表见代理情况下代理行为的法律效力，即如果被代理人的行为使第三人合理地并善意地相信代理人有权代表被代理人为某种行为，并且相信代理人是在该项授权范围内行事，则被代理人不得以代理人无代理权为由对抗第三人。

2）对无权代理或越权代理追认问题的规定。《代理公约》规定，代理人未经授权或超越代理权限范围的行为，可以由被代理人予以追认。追认后，该行为即发生与自始即经授权同样的效力。但是追认的直接后果并非在所有情况下都是一样的。在《代理公约》第13条所规定的情况下，追认的结果仅仅是允许被代理人或第三人有视情况行使直接诉讼权的不确定的权利，而且还必须满足下述条件：


第一，如果第三人不知道、也无从知道该代理人未经授权，并且在追认前发出通知表示拒绝受追认的约束，则该第三人对被代理人不负责任。而且即使被代理人已经追认，但他未在合理时间内追认，第三人只要立即通知被代理人，也可拒绝受追认的约束。

第二，如果第三人知道或理应知道该代理人未经授权，则在约定的追认期间届满前。

第三，有关无权代理人或越权代理人对第三人的责任的规定，《代理公约》规定：“如果第三人知道或理应知道代理人未经授权或超越代理权限范围行事，则代理人对第三人不承担责任。但是，如果未经授权或超越代理权限范围行事的代理人的行为未得到被代理人追认，则该代理人应承担对第三人的赔偿责任，以使第三人处于如同代理人有权并在其授权范围内行事时同样的地位。”

6.4.2 我国法律关于代理的规定

我国《民法通则》第63条规定：公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为，被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。

 **提示** 我国《民法通则》所确立的代理实际上是大陆法中所规定的直接代理，对于间接代理，则未予规定。

在我国，代理可以在以下三种情况下产生。

1. 委托代理

委托代理可以通过书面或口头方式产生，但法律要求用书面形式的只能用书面形式。



2. 法定代理

法定代理主要指依法为无民事行为能力人、限制行为能力人设立代理人的方式。依我国《民法通则》,“无民事行为能力人、限制行为能力人的监护人是他们的法定代理人”。十周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人,可以进行与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事活动及纯获利益的合同,其他民事活动则由其法定代理人代理,或者要征求其法定代理人的同意。

3. 指定代理

指定代理是指根据人民法院或有关单位的指定而发生的代理关系。在没有委托代理人和法定代理人的情况下,由人民法院在被监护人的亲属中指定代理人,没有特殊原因,被指定的代理人不得拒绝担任。

依《民法通则》规定,被代理人取消委托,代理关系终止。同时,我国在《合同法》中规定被代理人或代理人可以随时解除代理合同。解除合同给对方造成损失的,除不可归责于当事人的事由外,应当对对方赔偿损失。但若解除合同是对方的失责所致,解除人不但可以不负赔偿责任,还可以向对方追偿因此造成的损失。

依我国《民法通则》第69条,有下列情形之一的,委托代理关系终止:

- 代理期限届满或代理事务完成;
- 被代理人取消委托或代理人辞去委托;
- 代理人死亡;
- 代理人丧失民事行为能力;
- 作为被代理人或代理人的法人终止。

对于无权代理的法律后果,我国《合同法》中规定:行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后,以被代理人名义订立合同,并未经被代理人追认,则此合同对被代理人不发生效力,由行为人对合同负责。

对于表见代理,我国《合同法》中也规定:行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后,以被代理人名义订立合同,第三人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。

本章小结

国际商事代理法是调整国家商事代理法律关系的法律规范的总称。国际商事代理关系的产生、运作和终止都受到有关法律的调整和规范。

国际商事代理关系的产生原因有两类,即被代理人的授权和法律的相关规定。

国际商事代理法律关系可以分为两个方面:一是被代理人 and 代理人之间的内部权利义务关系;二是被代理人 and 代理人与第三人之间的外部权利义务关系。不同的法律关系下,



其具体内容也有所不同。

国际商事代理关系的终止可以源于当事人的行为，也可以根据法律的规定。由于代理法律关系的终止会涉及被代理人、代理人和第三人的利益，因此，有关当事人只能依据约定或者法律的规定以适当的方式终止代理关系，否则要对因此造成的损失承担损害赔偿责任。

在国际商事代理领域，主要的国际公约——《国际货物销售代理公约》，对于促进国际商事代理领域的法律统一具有重要的作用。

复习思考题

1. 如何区分无权代理和表见代理？

2. 法律是如何平衡无权代理中被代理人和第三人的权益的？

3. 分析题：某经贸公司长期委托李某为其采购各种商品，后公司改组，重编岗位，精简人员，取消了李某的代理权，但没有告知其客户。李某继续以该公司代理人的身份从事商品采购业务。面对客户的履行合同的主张，该公司以李某不具有代理权为无权代理为由加以拒绝。但这一抗辩没有被法庭接受，法庭判决该公司应当承担合同履行责任。

4. 案例题：王某和赵某是同乡，平日关系不错。后王某去其他城市打工，就委托赵某代为照管其财产，其中包括一台才购买的价值3 000元的29寸彩色电视机。1年后，王某决定留在该城市发展，就委托赵某处理其财产。听说赵某有彩色电视机处理，张某找到赵某，表示要购买。由于没有足够的钱，张某就和赵某商量，由赵某写信给王某说电视机有故障，只能低价处理，王某同意低价处理该电视机。赵某以低价将电视机出售给张某，获得了一定好处，事后王某回该地，发现了这一情况，要求张某返还电视机。双方产生争议。赵某的行为是否是有权代理行为？本案应当如何处理？



引导案例

汇票背书的连续性与票据权力

【案情介绍】

2007年8月26日,被告南汇县某百货公司签发了一张号码为IX2055923、收款人为“上海富士坤制衣公司”的商业承兑汇票,汇票金额80万元,汇票到期日为2008年1月23日,并由被告予以承兑。汇票上无交易合同号码。同日,上海富士坤制衣公司经背书后持该商业承兑汇票向原告中国工商银行上海市长宁支行申请贴现,原告经审核后于同年9月3日予以贴现。2008年1月23日原告持该商业承兑汇票向被告开户银行提示付款,被告开户银行以“收款人名称填错”为由予以退票。2008年10月30日原告以南汇县某百货公司为被告,以票据纠纷为由向南汇县人民法院提起诉讼,请求判令被告归还票据款80万元,偿付拖欠利息104320元,承担本案诉讼费用。原告所持商业承兑汇票的背书日期为2007年9月26日。

被告南汇县某百货总公司辩称:原告不具有票据权利,被告于2007年8月26日开具的汇票的收款人是上海富士坤制衣公司,而原告所持票据的背书人所持票据的申请贴现人系富士坤公司,故背书没有连续性;且汇票上的交易合同号码是后来添加上去的,银行的退票通知也明确退票理由是收款人与背书人名称不符,汇票交易合同号码无复写;该汇票系无效票据,而原告明知是无效票据仍贴现该汇票,责任由原告自己承担。

【法律问题】

- (1) 涉争票据是否为有效票据?为什么?
- (2) 持票人中国工商银行上海市长宁支行是否享有票据权利?为什么?

【法理分析】

(1) 该涉争票据是有效票据。我国《票据法》规定,“票据一旦开出,如果没有违反票据法强行性规定的情由,即为有效票据”,并没有规定因为笔误写错收款人的情况下票据无效。根据票据的文义性,即使票据上记载的文义有错,也要以该文义为准,



而不得以当事人的意思或其他有关事项来确定票据上的权利义务关系。所以，写错收款人的结果只能是实际的收款人无法取得票据权利，而不是票据本身无效。我国《票据法》第9条规定：“票据上记载的事项必须符合本法的规定。票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。”本案中的涉争汇票记载的事项完整，而且虽然写错了收款人，但是并没有对收款人进行更改，因此并不能根据第九条判断票据无效。

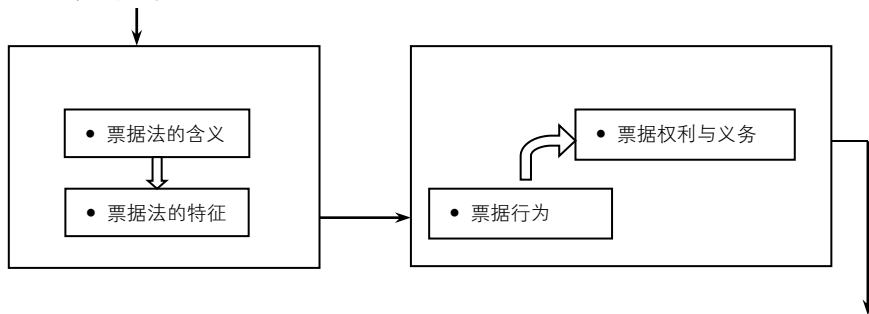
（2）上海市长宁支行不享有票据权利。因为票据的背书不连续。《票据法》第31条第1款规定：“以背书的连续证明其汇票权利。”本案中，原票据上的收款人为“富士坤”公司，而背书人却是“富士绅”公司，无论是否出自笔误，都造成了背书不连续的后果。因此上海市长宁支行不享有票据权利。

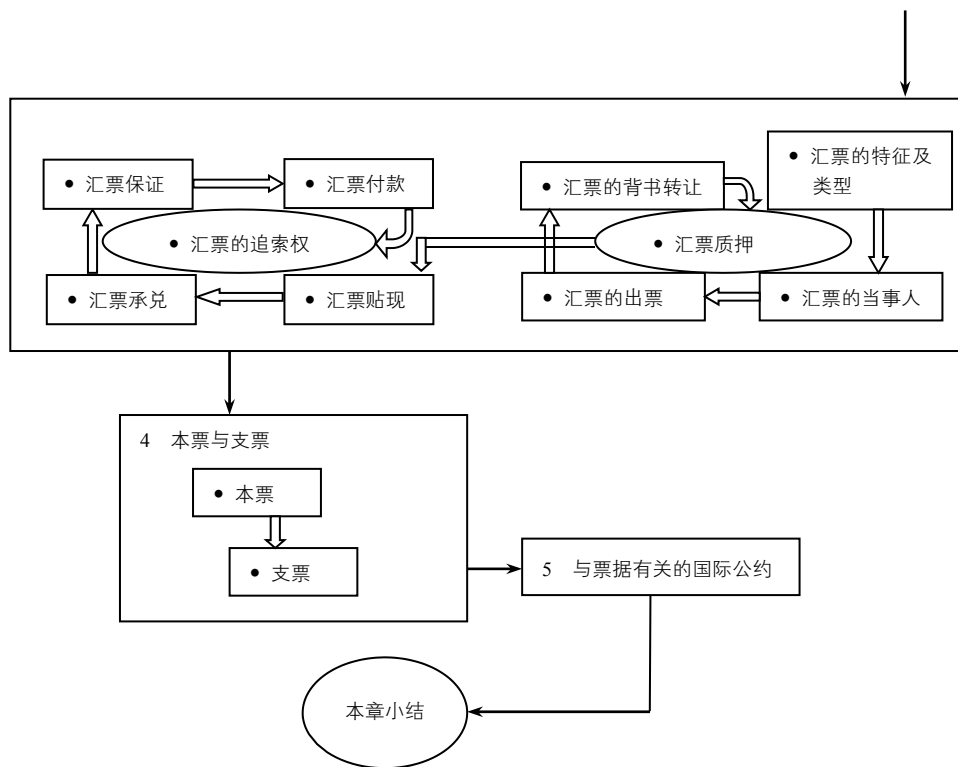
学习目标

- ◆ 素质目标：能够了解票据的基本知识，如票据权利和票据的四种行为：票据的出票、背书、付款、承兑；了解汇票、本票、支票的具体要求及实际操作程序；了解票据涉及的相关法律问题。
- ◆ 知识目标：熟练掌握汇票、本票及支票的基本概念、法律特点；了解两大法系以及国际票据统一实体法对票据问题的不同规定；清楚票据适用的条件、策略。
- ◆ 技能目标：依据票据法的基本内容与特点，掌握票据法在国际商事实践中形成的规律；理解不同票据的法律规则。
- ◆ 能力目标：具有识别不同种类票据的优、缺点，了解不同票据的实际操作程序并根据不同情况选择适用的具体法律规则的能力。

学习导航

第7章 票据法





7.1 票据法概述

7.1.1 票据法的含义

货币和票据是国际商事交易支付和结算的重要手段。在国际贸易实践中,当涉及货款的收取与支付时,一般较少使用现金结算的方式,而是普遍使用票据进行结算。


为了保证票据交易的安全,各国都订有票据法(Law of Bill)。票据法是指调整票据关系以及与票据关系有关的其他社会关系的法律规范的总称。票据法有广义和狭义之分。广义的票据法是指一切有关票据的法律规范的总称,即除包括狭义的票据法外,还包括民法、刑法、民事诉讼法、破产法等法律中有关票据或可适用于票据的规定。狭义的票据法,是指主要规范票据关系并以“票据法”命名的法律、法规及其实施细则。此外,有关票据交换业务规则和有关支票存款、票据贴现业务规则等法律规范,一般也视为狭义票据法的组成部分,被称为有关票据的附属性法规。这些法律在本质上虽然相同,但在某些具体的方面却存在着较大的分歧。仅从形式上看,美国、法国、日本等大多数国家将票据法作为其商法典的一个组成部分;瑞士将票据法纳入债务法典内,作为债务法的一部分;英国、德



国、瑞典等国则制定有专门的票据单行法规；《中华人民共和国票据法》于1996年1月1日起施行。随着票据统一法活动的开展，各国票据法的差异正在逐步地消失。

7.1.2 票据法的特征

西方国家的票据法有公票据法和私票据法之分。公票据法是指在公法上对票据的规定，如刑法、民事诉讼法、公证法、税法中有关票据的法律规定；私票据法是指在私法上关于票据的规定，如民法中有关票据的规定和票据法本身的规定。与民法相比，票据法具有以下特征。

 **提示** 票据法实际上是在对票据的长期使用过程中形成的，由于票据本身特有的运行规律，遂要求票据法既要保障票据流通的灵活迅速，又要确保票据权利人的利益。

1. 票据法是强行法而非任意法

票据法是强行法，票据法中的规定几乎都是强行性法规。首先，票据的种类由法律规定，不得由当事人任意创设。其次，票据是严格的要式证券，各种票据行为也是严格的要式行为。这些都与民法不同。在民法中，法律行为的种类是不受限制的，法律行为也不以要式为原则。当事人如果不按照票据法的规定进行相应的票据行为，除法律另有规定的场合以外，一般不承认当事人另行约定的优先效力。票据法的这种强制性，不仅是保障票据当事人合法权利的需要，同时也是维护票据合法流通、促进商品经济正常发展的需要。

2. 票据法主要是技术性规定

从道德角度区分，法律中的规定可分为具有道德意义的规定和具有技术意义的规定（不具有道德意义的规定）。前者如民法中买卖双方应遵守诚实信用的规定、刑法中不得杀人的规定等。遵守这类规定就是“善”，违反这类规定就是“恶”。后者如交通法规中行人车辆靠右行驶的规定等则不表示道德意义上的“善”与“恶”，而只有技术上的意义。从这点考察，票据法中的许多规定都是技术性规定。票据法的制定主要是从技术角度，从方便交易、繁荣市场出发，而较少地受不同国家、不同民族的思想文化传统和伦理道德纲常的影响，也非仅凭一般法律常识或者道德观念便能理解。因此，票据法与交通法规有相似之处，都属于技术性的规定。

3. 票据法具有国际统一性

票据法是由一个国家根据自己的主权并结合本国的实际商情制定的、在本国领土上生效的法律，属国内法规范。但票据是一种金融支付工具，具有极大的流通性，这种流通不仅限于一国之内，在国际贸易繁荣发达的今天，跨国家间的票据流通是经常发生的事情。基于此，各国的立法者都试图使本国的票据法在尽可能的条件下与国际上的票据规则接轨。随着商品经济和国际贸易的发展，不同地区、不同国家的票据法日趋统一。票据法是国际



上统一程度最高的一种法律。这是票据法的一大特点。

7.2 票据行为与权利

7.2.1 票据行为

票据行为有狭义与广义之分。广义的票据行为是指以发生、变更或消灭票据关系为目的的法律行为,包括出票、背书、承兑、参加承兑、保证、保付、禁止背书、改写、涂销、划线等;狭义的票据行为是指能产生票据债权债务关系的要式法律行为,主要包括出票、背书、承兑、参加承兑、保证和保付六种。票据行为可分为主票据行为和从票据行为。主票据行为指的是出票行为,从票据行为指的是背书、保证、承兑、参加承兑等行为。

1. 票据行为的种类

(1) 出票

出票是指出票人签发票据,并将其交付给他人的行为。出票是最基本的票据行为,其目的在于创设票据权利。如果出票行为无效,票据将自始无效,并将导致在此无效的票据上所为的其他票据行为也是无效的。

出票由“作成”与“交付”票据两种行为构成。作成是指记载法律规定的内容并由出票人签章,即制做出形式完备合法的汇票;交付则指出票人基于自己的意志使汇票脱离自己而为他人占有。相对于背书、保证、承兑等票据行为而言,出票行为处于基本票据行为的地位,其他票据行为处于附属的地位。其他票据行为的效力受出票行为效力的影响。随着票据的广泛使用,现在,各种票据都是由一定的机关印制,所以“作成”只是填写和签章而已。

由于出票包含“作成”与“交付”两个行为,所以当一张票据在甲国作成而在乙国交付时,如何认定出票的地点,便成了一个有争论的问题。英美法系认为,出票地点应是出票行为完成的地点,亦即交付所在地乙国;而大陆法系则认为出票地点应是作成及签章的地点,亦即甲国。

另外,当出票人在汇票上记载了“对出票人免予追索”这类所谓的免责文句时,是否可以免除其付款人必须付款或承兑的担保责任,亦即此免责文句能否有效成立,各国规定很不一致。英国、美国认为有效,日本则认为无效,另外一些国家则认为免除担保承兑文句有效而免除付款担保的文句无效。出票人的签字如被伪造,则票据根本无效,被假冒的出票人当然不负任何责任;但如票据已被背书或承兑,则背书人、承兑人仍应对票据负责。


(2) 背书

背书是指持票人在票据的背面或者粘单上记载有关事项,并将其交付给被背书人,从而转让票据权利或将票据权利交予他人行使的行为。背书是票据流通的基本手段。



背书和出票一样，也包括两个行为，即持票人在票据后面背书和交付被背书人。背书的目的一般有三个：权利转让、委托取款、质押票据。一般情况下，背书多是以转让票据权利为目的的背书，此类背书的作用有三个方面：背书人的权利转让给被背书人；背书人对所有后手担保票据必然会被付款或承兑；证明前手签字的真实性，并且以背书的连续性证明他的权利的正当性。但票据经过委托取款背书或质押背书以后，其所有权并未转让。

背书的方式主要有限制性背书、特别背书和空白背书。空白背书，又称为无记名背书、略式背书或不完全背书，是指背书人在背书时不记载被背书人的姓名，仅签章于票据背面或粘单上。空白背书具有转让时持票人不负背书人的责任和拒绝付款时行使追索权的范围较小等优点，因而为市场经济发育充分的大陆法系和英美法系各国广泛承认，只有法国例外。至于背书是否应该写明背书日期，各国规定有异，英美认为无必要，法、比、意、荷等国则认为有必要。

 **提示** 因国内票据制度发育尚不十分完善，《中华人民共和国票据法》对空白背书不予承认。

票据的背书人也可以在背书时加注“免于追索”字样，从而避开背书人的责任。这种票据如遇拒付和持票人追索时，只能避开这一背书人。所以，被背书人此时应当考虑背书人的前手是否可靠。虽然来人抬头票据、空白背书票据以及加注有“免于追索”字样的票据的转让人可不负背书人的责任，但不等于可免除一切责任。如果转让人在交付票据时曾取得对价，则其仍应对他的直接后手（付给他对价的人）担保下列几点：① 票据非伪造；② 转让人本身对票据有充分的权利（在前手的背书中有一个伪造背书时，按英国法律，转让人自己对票据无充分的权利）；③ 转让人不知道任何票据无效的事实。因此，在伪票据、伪背书、转让人串通诈骗或明知有诈时，他仍应对其直接后手负责。来人抬头票据的转让虽然并无背书的必要，但如受让人坚持要转让人背书时，则转让人要负担背书人的责任。

（3）承兑

承兑是指远期汇票的付款人在汇票上记载承兑文句，允诺到期由付款人承担付款责任的行为。

汇票是一种他付证券，是出票人为委托付款人支付票面金额给收款人而签发的。出票人的这种“委托”付款的出票行为在性质上是单方法律行为，而非民法上的委托合同行为，所以，它只能为收款人设定权利，却不能使付款人承担义务，因为出票人的出票行为对付款人没有法律约束力，对出票人的“委托”，付款人既可接受，也可不接受，即使他与出票人之间存在资金关系和承担付款的约定。如果收款人取得汇票后，没有付款人的承兑（或拒绝承兑）的行为，则收款人的权利始终处于一种期待的不确定状态，这势必对收款人的



利益造成不利的影响,同时也会使汇票的信用功能降低,影响其正常的流通。因此,承兑对于收款人利益的保护和增强汇票的信用功能具有重要意义。

对于付款人而言,承兑是其自愿承担到期日支付票面金额予收款人的行为。在承兑之前,付款人没有承兑义务,不过一旦付款人做出承兑,他就负有到期日付款的确定义务。即使付款人与出票人之间没有资金关系或付款约定或其承兑之前并不知悉出票人的委托,只要其承兑,即负有付款的义务。承兑是付款人承担付款义务的唯一要件。

承兑的方式,通常是由承兑人在汇票正面横写“承兑”两个字,并加注承兑日期和签名。承兑人只同意对汇票的一部分金额作承兑的,叫作部分承兑。持票人是否可以拒绝部分承兑,各国法律规定不一。持票人在接受部分承兑以后,对其余部分仍应照办作成拒绝证书、通知等手续,以保留对前手的追索权。

关于承兑是否必须在汇票上写明,各国法律规定也不一样。例如,美国的流通证券法承认,在票据以外作的承兑也有效,即票外承兑。所谓“票外承兑”,是指在汇票出票后,付款人以另纸写明承兑的方式。南美大部分国家习惯上允许承兑人以另外出立类似本票的文据代替承兑。



相关链接

本票、支票均无承兑制度

在本票中,出票人同时又是付款人,所以一经出票,权利义务关系即已明确,无须承兑;在支票中,付款人是银行或其他法定金融机构,并且见票即付,所以也无须承兑。因此,除汇票外,本票、支票均无承兑制度。汇票经承兑后,付款人即成为承兑人。

汇票的承兑,一般遵循自由承兑原则。该原则对于付款人和收款人在具体内容和要求方面虽有差别,但总的精神是一致的,即承兑与否和提请承兑与否均由其自由决定,法律不加以干涉。就付款人而言,他并没有承兑的义务,完全由其自由决定,即使他与出票人之间存有资金关系,若违反资金关系中的约定,也只是民法上的违约行为,不存在承担票据法上的任何责任的问题。对收款人而言,收款人并不因从出票人处取得汇票即负有必须请求承兑的义务,即使在一定情况下,收款人不请求承兑就会发生失权或不能行使权利的不利后果,请求承兑与否仍由收款人自由选择。请求承兑只是收款人行使权利的程序之一,收款人怠于请求承兑,应视为他对权利的放弃,这并无不可。



相关链接

承兑自由原则为世界各国的票据法广泛认可。《日内瓦统一汇票本票法》第21条规定:“持票人,或仅为占有汇票之人,于汇票到期日前,得在付款人住所,向付款人



为承兑之提示。”条文中使用了“得”而不是“应”字，正是反映了承兑自由的原则。世界各国票据法在确立承兑自由原则的同时，也规定了一些例外，如允许出票人对承兑与否及承兑的期限加以限制。

承兑为要式行为，各国票据法一般均规定了付款人为承兑时的应记载事项、可记载事项和禁止记载的事项。承兑行为一般由承兑提示、承兑记载（或拒绝承兑表示）与交还汇票三个阶段的行为构成。承兑提示是指收款人（持票人）向付款人出示汇票，请其表示承兑与否的行为。在持票人提示后，付款人应在规定的时间内或立即做出承兑或拒绝承兑的决定。《日内瓦统一汇票本票法》《中华人民共和国票据法》及我国台湾地区有关法律均规定，付款人应在提示后3日内做出决定承兑或拒绝承兑。付款人如承兑，即应作承兑记载；付款人若拒绝承兑，以口头表示并退还汇票即可。《中华人民共和国票据法》还规定，付款人拒绝承兑，必须出具拒绝证明或者退票理由书。付款人作成承兑记载后，将汇票交还给持票人，承兑即告完成。汇票的交还是承兑生效的重要步骤，在交还之前，如付款人涂销其承兑，则视为付款人拒绝承兑。

（4）参加承兑

参加承兑是指因汇票不获承兑，为维护票据债务人的权益，防止持票人行使追索权，由票据债务人之外的第三人于汇票到期日前参加到票据关系中，代替付款人承兑的行为。

（5）保证

保证是指为担保特定的票据债务人履行票据债务，保证人在票据上记载保证文句、签章，并交付给持票人的行为。依据票据行为独立性原理，即使被保证的债务实际上不存在或无效，保证人仍需在保证其责任的范围内向善意持票人承担责任。保证责任仅在以下两种情况下才可免除：① 被保证的票据债务由保证人主动履行。② 票据债务因形式上欠缺而使票据无效。

票据保证具有如下特征：

一是票据保证是一种附属票据行为。对基本票据行为和被保证债务而言，票据保证具有附属性，即票据保证以在形式上有效的出票行为和被保证债务有效为前提。被保证债务即使在实质上无效，也不影响票据保证的有效成立。

二是票据保证的目的在于担保其他债务的履行。票据保证担保的债务可为汇票上的其他一切债务，这既包括承兑人的付款义务，也包括出票人、背书人以及参加人的偿还债务。而票据法所规定的出票人与承兑人的利益偿还债务，因其并非票据债务，故不在保证的范围之内。

三是票据保证的行为人一般应为原票据债务人以外的人。如《中华人民共和国票据法》第45条规定，保证人由汇票债务人以外的他人担当。

票据保证与民法上的保证同属于人的担保，因而具有共性，如都是无偿行为，都是担



保主债务履行的从债务，并都因主债务的消灭而消灭等。但票据保证是一种票据行为，它与民法上的保证又有着较大的区别：① 票据保证为要式行为；民事保证可为要式，也可为不要式。② 票据保证是单方法律行为；民事保证是合同行为。③ 票据保证虽然具有附属性，但同时也具有较强的独立性；民事保证完全无独立性。④ 票据保证的保证人无先诉抗辩权；许多国家的法律规定民事保证的保证人有先诉抗辩权。⑤ 票据保证的保证人在代被保证人清偿债务后即可代被保证人行使追索权；民事保证的保证人在清偿后只对被保证人有求偿权或代位权。显然追索权较求偿权对保证人更为有利。⑥ 票据保证如为共同保证时，共同保证人必然负连带责任；民事保证中的共同保证人除有特别约定外，不负连带责任。

票据保证应在票据上或其粘单上为之，至于正面反面均无不可。一项正式的保证，应记载有保证文句、被保证人姓名、保证人签章和保证日期等事项。《中华人民共和国票据法》还规定应记载保证人的住所。以上除保证人签章外，其他事项没有记载或记载不全的为略式保证。但出票人和付款人的签名不为保证。对于略式保证，法律规定了有关未记载事项的推定办法。如《中华人民共和国票据法》第 47 条规定，保证人未在汇票或粘单上记载被保证人名称的，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。《日内瓦统一汇票本票法》第 31 条的规定稍有不同，该条规定未载明被保证人的，视出票人为保证人。对于未载日期的保证，以出票时的日期为保证日期。

保证可为部分保证，但未记明为部分保证的一律视为全部保证。保证不得附有条件，附有条件的，所附条件视为无记载。

（6）保付

保付是指支票的付款人在支票上记载“保付”、“照付”等字样并签名，从而使支票上除付款人之外的所有债务人解除票据责任的行为。可见，保付制度仅存在于支票中。此项制度源于《美国统一流通证券法》，后为其他国家所采用。我国的票据法未规定保付制度。

2. 票据行为的特征

作为民事法律行为的一种，票据行为具有一般民事法律行为的特点，但与其他法律行为相比较，票据行为还具有如下几个自身特征。

（1）票据行为具有要式性

票据为要式证券，在票据上所为的各种票据行为，均具有法定的形式与效力，不容当事人任意选择和变更。法律之所以对每种票据行为都规定了必要的方式，其目的在于使票据款式明确、易于辨认、便于授受，从而方便票据的流通。

票据行为的要式性具体表现在：① 无论是出票、保证、承兑、参加承兑，还是保证，任何一种票据行为都必须经行为人签章，才能发生法律效力。② 任何一种票据行为都必须以书面形式作成，口头方式不发生票据法上的效力。而且，各种票据行为都必须在票据的一定位置上为之，如出票、承兑、参加承兑须在票据正面为之；背书须在票据背面或在票据粘单上为之，等等。③ 任何一种票据行为都有法定的款式，即具有法定的内容和对该内



容的法定记载方式。凡欠缺要式性的票据行为，除票据法另有规定者外，均为无效；凡在票据上记载非为票据法所规定的事项者，该记载均不发生票据上的效力。

（2）票据行为具有抽象性

票据行为的抽象性是指票据行为只须具备其抽象的形式即可生效，而不问其实质。虽然票据行为大都以买卖、借贷或其他实质关系为前提，但票据行为一旦成立，该实质关系有效与否甚至存在与否都不会影响票据行为的效力，持票人不用证明给付原因即可行使票据权利。票据行为仅为票据本身的目的而存在，票据因此得名“不要因证券”。

（3）票据行为具有文义性

票据行为的文义性，是指票据行为的内容必须在票据上以文字的形式做出，事后判断其内容也完全以票据上记载的文字为准。即使出现票据上的记载事项与实际不符的情况，为了保护善意持票人的权益，票据债权人不能向债务人主张票据的记载文字以外的事项，票据债务人也不能以票据上的文字记载以外的事项对抗债权人。

（4）票据行为具有独立性

票据行为的独立性亦称票据行为独立原则，是指在已经具备基本形式要件的票据上所为的各种票据行为，依其在票据上所记载的文义分别独立发生效力，一种行为无效，或有其他瑕疵，均不影响其他行为的效力。

票据行为的独立性具体表现在：

1) 票据上如有无行为能力人或限制行为能力人的签名，该签名的无效不影响其他签名的效力。也就是说，虽然无行为能力人或限制行为能力人在票据上的签名不发生签名的效力，行为人本人也不因此负票据上的责任，但是其对于其他在票据上签名的人的权利、义务却不产生任何影响，其他签名人仍得依票据上记载的文义负票据责任。如《日内瓦统一汇票本票法》第7条规定：“汇票上如有无能力接受票据约束之人的签名或有伪造之签名，或有虚构之人的签名，或其他原因，所签之名不能约束该签名之人，或其所代表之人时，其他在汇票上签名人所负之债务，仍然有效。”《中华人民共和国票据法》第6条也规定：“无民事行为能力人或限制民事行为能力人在票据上签章的，其签章无效，但是不影响其他签章的效力。”

2) 无代理权而以代理人名义在票据上签名的，应由签名人自己负担票据责任；代理人逾越代理权限，亦应就其逾越的部分自负签名的责任。也就是说，无权代理人所为的代理行为在民法上是无效行为，但是在票据法上，由于票据行为具有独立性，所以无权代理人必须就其在票据上的签名行为负担票据责任。如《日内瓦统一汇票本票法》第8条规定：“无权代理人以代理人名义签名于汇票者，应自负汇票上之责任。无权代理人履行付款责任时，取得与本人同一之权利。此项规定，准用于逾越代理权限之代理人。”

3) 票据的伪造或票据上签名的伪造对票据上其他真正的签名的效力也不产生任何影响。也就是说，如果一张票据上既有伪造的签名又有真实的签名时，伪造签名的无效不影响真



实签名的效力。如《中华人民共和国票据法》第14条第2款规定：“票据上有伪造、变造签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。”

4) 被保证人的债务即使无效，保证人仍然要负担其义务。这与民法上的规定有很大的差别。在民法中，当主债务无效时，从债务自然无效。保证合同是担保主合同履行的从合同，如果主合同中的债权、债务关系无效，保证合同中保证人的债务亦随之无效。但在票据法中，保证是一种票据行为，保证人须依票据法的有关规定在票据上签名并记载一定的事项。由于票据行为具有独立性，保证人一经在票据上签名，就得负担票据上的责任，而不问被保证人的债务是否无效。如《日内瓦统一汇票本票法》第32条第2款规定：“被保证人的债务，即使无效，票据保证人仍负担其义务。但被保证人之债务，因方式之欠缺，而为无效者，不在此限。”

(5) 票据行为具有连带性

尽管票据行为具有独立性，但由于各行为的标的均为票据债务，且均记载在同一票据文本上，因而所有在票据上进行了票据行为的人，都是持票人的债务人，他们对持票人承担法定的连带责任。如《日内瓦统一汇票本票法》第47条规定：“出票人、承兑人、背书人或票据保证人，对于持票人承担连带负责。持票人得不依负担债务之先后，对于前项债务人之一或全体起诉。”《中华人民共和国票据法》第68条规定：“汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。持票人可以不按照汇票债务人先后顺序，对其中任何一人、数人或全体行使追索权。”该项规定也适用于本票、支票。

7.2.2 票据权利与义务

票据权利是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。持票人的票据权利是依据票据义务人的票据行为而生的。

票据义务是与票据权利不可分离的概念，可以说它们是一个事物的两个方面，离开票据权利，就谈不上票据义务，反过来说亦然。根据上文对票据权利所下定义，所谓票据义务，是指在票据上签章的票据行为人向持票人支付一定金额的义务。由于票据权利有付款请求权和追索权之分，我们可将票据义务分为第一义务和第二义务。所谓第一义务，又称主义务或付款义务，是指票据第一义务人向持票人支付票据金额的义务；所谓第二义务，又称次义务或清偿义务，是指当持票人行使追索权时，票据上的所有义务人应负向持票人支付票据金额、该金额在法定时期的法定利息及法定必要费用的义务。

1. 票据权利的种类

(1) 付款请求权

付款请求权是指持票人对主债务人所享有的依票据而请求支付票据所载金额的权利。付款请求权是第一付款权，具有主票据权利的性质，持票人必须首先向主债务人行使第一请求权，而不能超过它直接行使追索权。



（2）追索权

追索权是指在付款请求权未能实现时发生的持票人对从债务人所享有的请求偿还票据所载金额及其他有关金额的权利。追索权的行使以持票人第一次请求权未能实现为前提，相对于付款请求权来说，追索权是副次性权利。追索权与民法中的“损害赔偿请求权”不同，二者的主要区别有三个方面：① 损害赔偿请求权因原权利受侵害而发生；追索权与付款请求权因票据的生效同时发生；② 损害赔偿请求权以原权利为基础，是原权利受侵害时的转生；而票据的追索权与付款请求权并存，是票据权利的两个方面，追索权是付款请求权的扩张；③ 损害赔偿请求权的被请求人是违约行为人或侵权行为人；追索权的被追索人，包括背书人、出票人、保证人、承兑人，即在票据上签名的票据债务人。

在票据权利方面，因票据的流通性，法律需要特别保护最后持票人，所以规定了两次请求权，即付款请求权和追索权。而这两次请求权虽然都属于持票人请求支付一定金额的权利，但在行使、内容、消灭时效及义务主体等方面都存在差异。其主要区别如下：① 行使的次序不同。持票人必须首先行使付款请求权，如果付款请求权得以实现，追索权亦随之消灭，只有当付款请求权被拒绝或者因法定事由没有可能实现时，持票人方可行使追索权。② 行使的条件不同。一般来说，付款请求权是无条件的权利，持票人仅按照票据上记载的时间行使即可，远期票据待票据到期日就可以行使，即期票据持票人可以随时行使。而追索权的行使一般说来是有条件的，持票人必须在法定原因发生时方可行使。按照《中华人民共和国票据法》第61条的规定，持票人可以行使追索权的原因包括：a. 票据到期被拒绝付款；b. 票据到期前被拒绝承兑；c. 承兑人或者付款人死亡、逃匿；d. 承兑人或者付款人被依法宣告破产或者因违法被责令终止业务活动。③ 对方当事人不同。付款请求权的对方当事人只能是票据第一义务人或者关系人，汇票中承兑人为第一义务人，未承兑的付款人为关系人；本票中出票人为第一义务人，一般不存在关系人；支票中没有第一义务人，与出票人办理支票存款业务的银行为该支票的关系人。无论如何，付款请求权的对方当事人只有一个。追索权的对方当事人包括所有的票据义务人，依据《中华人民共和国票据法》第68条的规定，当持票人具备行使追索权的条件时，票据的出票人、背书人、承兑人、保证人应对持票人负连带责任。④ 请求支付的金额数目不同。付款请求权请求支付的金额为票据金额，即票据上记载的那笔确定的金额。追索权请求支付的金额则包括票据金额、该金额在法定时期的利息、法定必要的费用。⑤ 权利消灭时效不同。《中华人民共和国票据法》第17条规定，付款请求权自票据到期日（针对远期票据）或出票日（针对即期票据）起两年内不行使而消灭。最后持票人对其前手的追索权自被拒绝承兑或被拒绝付款之日起6个月内不行使而消灭，被追索人对其前手的再追索权自清偿之日或被诉之日起3个月内不行使而消灭。

2. 票据权利的特征

（1）票据权利是特种金钱债权，其标的以票面金额的给付为限



普通债权的标的可为物品交付、劳务提供、价款或酬金的支付等，而且不同标的的债权还可发生标的转换现象，如本应支付酬金但无资金的，可以交换相当价值的物品抵债。票据权利只能以票面金额之给付为标的，绝不可以有任何变通。

（2）票据权利为无因金钱债权

一般金钱债权，如借贷所生借款偿还请求权、价款或酬金给付请求权等，均为有因金钱债权，债务人若能证明债权不存在或无效，虽有借贷合同或买卖、劳务等合同的书面形式，法律也不能强制债务人给付金钱。票据权利则具无因性，只依合法形式的票据，不问票据权利的成因；持票人以票据文义或票据法规定证明自己为票据权利人的，票据债务人须无条件支付票面金额。

（3）票据权利是单纯的金钱给付请求权

一方面，持票人仅得请求票据债务人给付票面金额，不得为其他请求；另一方面，持票人实现票据权利不负任何对价义务，票据债务人单方负担无对价给付的义务。之所以如此，是因为在票据原因关系中，票据权利人已履行对价义务或负担对价义务。一般的债权，除少数单务之债外，债权人具有对价给付义务，债权人请求债务人给付而自己未按债之内容给付的，债务人得为“对待给付抗辩”。在票据关系中，票据债务人虽有“对票据的抗辩权”和“对特定持票人的抗辩权”，但不得有“对待给付抗辩权”。

（4）票据权利有付款请求权和追索权双重功能

持票人有付款请求权，当付款请求权不能实现时，可行使追索权。票据法学上把付款请求权叫作“第一次请求权”，把追索权叫作“第二次请求权”，这两个请求权是票据权利本身的功能。民法上的一般债权是一次性的请求权，没有追索权效能。

3. 票据权利的取得

（1）票据权利的原始取得

票据权利的原始取得是指持票人不经其他任何前手权利人而最初取得票据，包括发行取得和善意取得。

1) 发行取得。这是指权利人依出票人的出票行为而原始取得票据权利。它是票据权利的最原始的取得方式，也是其他取得方式的基础。没有票据权利的发行取得，其他取得方式也无从谈起。

2) 善意取得。这是指票据受让人依票据法规定的转让方式，善意地从无处分权人处取得票据，从而取得票据权利。

（2）票据权利的继受取得

票据权利的继受取得是指受让人从有处分权前手权利人处取得票据，从而取得票据权利。它包括票据法上的继受取得和非票据法上的继受取得。

1) 票据法上的继受取得。这是指依票据法规定的转让方式，从有票据处分权的前手权利人处取得票据，从而取得票据权利。票据的背书转让是主要的票据权利继受取得方式。



此外，保证人履行保证义务或追索义务人偿还追索金额后取得票据，也是票据法上的继受取得。

2) 非票据法上的继受取得。这是指非依票据法规定的转让方式，而是依民事权利的转让方式取得的票据权利，如赠与取得。非票据法上的继受取得既包括依普通债权的转让方式取得票据权利，也包括依继承、公司合并、营业受让等方式取得的票据权利。此种继受取得通常只能得到一般的法律保护，不能得到票据法对合法持票人权利的特殊保护，不能主张抗辩切断和善意取得等。

4. 票据权利的行使与保全

(1) 票据权利的行使

票据权利的行使是指票据权利人请求票据义务人履行票据义务，从而实现票据权利的行为。票据权利的行使有其特别之处，这主要在于票据权利人应进行票据提示，即实际地将票据向票据债务人出示，以此请求票据义务人履行义务。票据提示的地点通常为票据上载明的票据权利行使地点；票据上未指名地点的，则应在票据当事人的营业场所进行。

(2) 票据权利的保全

票据权利的保全是指票据权利人为防止票据权利丧失所进行的行为。票据权利的保全方式包括进行票据提示、做成拒绝证书、中断时效。

1) 票据提示。持票人在法定期限内提示票据行使票据权利，就是保全票据权利的方式之一。我国票据法明确规定，持票人只有在法定期间内提示票据请求付款被拒绝，方可行使追索权；期前追索的进行也以按期提示请求承兑被拒绝为条件之一。

2) 做成拒绝证书。《中华人民共和国票据法》规定，持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或被拒绝付款的有关证明。而在持票人提示承兑或者提示付款被拒绝时，承兑人或付款人必须出具证明，证明应记载被拒绝证明或拒绝付款的票据种类、主要记载事项；拒绝付款或拒绝承兑的事实依据或法律依据；拒绝承兑或拒绝付款的时间；拒绝承兑或拒绝付款人的签章。在持票人通过票据交换所进行提示，并由承兑人或者付款人的代理付款银行出具退票理由书时，退票理由书与拒绝证书具有同一法律效力。此外，由有关机关出具的合法证明，包括医院或有关机关出具的承兑人、付款人的死亡证明，司法机关出具的承兑人、付款人的逃逸证明，公安机关出具的具有证明效力的文件，有关的司法文书和处罚决定等，都具有拒绝证明的效力。

3) 中断时效。一般来说，与普通民事债权相同，诉讼可以中断时效，保全票据权利。

(3) 票据权利行使与保全的时间和地点

《中华人民共和国票据法》第16条规定，持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人营业场所或营业时间内进行。无营业场所的，在其住所进行。关于营业时间，如果期限的最后一日为非营业日，则以非营业日之后的第一个营业日为最后一日。持票人应根据票据债务人或票据当事人具体的营业时间，行使或保全票据权利。



5. 票据权利义务的消灭

根据《中华人民共和国票据法》的相关规定，票据权利义务的消灭原因主要有：时效期间经过、持票人未按期提示票据、持票人未依法取得证据。

(1) 时效期间经过



相关链接

所谓时效，是指法律规定的权利在产生、消灭方面的效力。一定时间经过就可取得权利的时效，为取得时效；一定时间经过就会消灭权利的时效，为消灭时效；一定时间经过不影响实体权利的消灭，但会导致胜诉机会丧失的时效，为诉讼时效。

票据时效是指票据上权利的消灭时效，票据权利人基于票据所取得的权利，得因一定期间不行使而消灭。《中华人民共和国票据法》第17条规定，票据权利不在规定期限内行使而消灭。票据权利时效有如下四种情况：①持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起二年；见票即付的汇票、本票，自出票日起二年；②持票人对支票出票人的权利，自出票日起六个月；③持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月；④持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。

(2) 持票人未按期提示票据

提示票据是指持票人向票据债务人或者关系人出示票据，请求其为一定的行为。《中华人民共和国票据法》规定，提示有提示承兑和提示付款两种。提示承兑是指远期汇票的持票人向票据付款人出示票据，请求对方在票据上表示待票据到期日，愿意无条件支付票据金额；提示付款是指票据的持票人向票据付款人出示票据，请求对方支付票款。

对于提示承兑，《中华人民共和国票据法》第39、40条规定：定日付款和出票日后定期付款的汇票，应当在到期日之前提示承兑；见票后定期付款的汇票在出票日起1个月内提示承兑。对于提示付款，该法第53、79、92条规定，见票即付汇票的持票人应当从出票日起1个月内提示付款；远期汇票的持票人应当从到期日起10日内提示付款；银行本票的持票人应当从出票日起两个月内提示付款；支票持票人应当从出票日起10日内提示付款。如果没有遵守法律规定的期限提示票据，持票人将丧失对出票人以外其他前手的追索权。



提示

我国票据实务中使用的远期汇票绝大多数都是由银行承兑的票据，承兑银行应当对票据负无条件支付票款的义务。而在实质上，银行是应出票人的申请进行汇票承兑，是为弥补出票人商业信用的不足而参与到票据关系中来的。

(3) 持票人未依法取得证据

持票人行使追索权，除了按期提示票据外，尚需依法取证，即按照法律规定的的时间和方式取得能够证明其按期提示了票据，但是未得到承兑或付款的证据。



《中华人民共和国票据法》第62条至第65条以及《票据管理实施办法》第27、28条规定，持票人基于行使追索权的不同原因应依法取得如下相关的证据：① 持票人如果因为被拒绝承兑或被拒绝付款而行使追索权时，应取得拒绝人出具的拒绝证明或退票理由书；② 持票人如果因为付款人或者承兑人死亡、逃匿而行使追索权时，应取得医院出具的死亡证明书或司法部门出具的相关司法文书或公证机关出具的相关公证书；③ 持票人如果因为付款人或承兑人被宣告破产而行使追索权时，应取得法院对其宣告破产的司法文书；④ 持票人如果因为付款人或承兑人被责令终止业务活动而行使追索权时，应取得行政主管部门责令其终止业务活动的行政处罚决定。

6. 票据权利救济的方式

在日常的商业活动中，经常会发生票据遗失、被盗或灭失等非票据权利人本意而丧失其对票据占有的情况，我们把这些情况称为票据丧失。《中华人民共和国票据法》第15条规定：失票人可以运用的救济措施包括挂失止付、公示催告和票据诉讼三种方式，而在日常的商业实践中，通常还包括遗失声明这种方式。

（1）遗失声明

在票据遗失救济措施中，失票人的遗失声明是没有法律效力的。根据我国《银行结算办法》第21条的规定，票据丢失造成资金损失的，应由失票人自行负责。这说明，登报声明遗失的票据作废的行为，不产生对外不负责任的后果。但在我们日常的商业实践中，一些经营者由于缺乏对我国法律中票据权利保护有关规定的了解，通常认为在票据遗失后，只要通过新闻媒体公开声明其遗失的票据无效就可免除法律责任。这种想法是错误的，因其没有任何法律依据，当然更不具有法律效力。不过，由于目前这种手段在商业实践中被大量运用，对于社会经营者起到一定的提醒和警示作用，亦不失为一种救济手段。但此种手段是四种救济手段中效力最弱、保护最有限的手段，建议在票据遗失后，失票人最好不要采取此种方式，而应在挂失止付的同时向法院申请公示催告或提起诉讼。

（2）挂失止付

《中华人民共和国票据法》第15条规定：“票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。失票人应当在通知挂失止付后3日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。”由此规定可以看出，挂失止付只是一种临时性的应急措施，具有暂时性，并无停止支付的法律效力，而要真正解决失票人行使票据权利的问题，失票人还必须向人民法院申请公示催告或提起诉讼。因此，作为票据救济的方式之一，相对于公示催告和诉讼而言，挂失止付的效力较为有限。

（3）公示催告

公示催告是指票据丧失以后，具有管辖权的人民法院根据失票人的申请，以公告的方法催促不定的利害关系人在一定期限内申报权利，如果逾期不予申报，则将丧失其票据权



利的一种法律程序。公示催告程序只适用于可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失的情况,其他票据或票据纠纷不能申请公示催告。公示催告可以从根本上解决票据当事人之间的利益冲突,从而更好地维护失票人的合法权益。就这点而言,公示催告方式较其他票据救济措施更为有效。但是,从我国目前的商业实践和司法实践上看,公示催告程序的运用效果并不理想。其原因有两方面:一是在现实生活中,有关票据方面的法律知识还未得到普及,大部分失票人在失票后通常只知道采取遗失声明或挂失止付方式来保护其权利;二是目前我国公示催告程序尚存在一定的缺陷,如对于人民法院公告的刊登并没有统一的规定,致使即便法院发出公告,票据利害关系人也往往不知道自己手中的票据已被公示催告,这样一来,公示催告程序的“发出告示,催促利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利”的条文原意也就失去了实际意义。

(4) 票据诉讼

票据诉讼是指失票人在丧失票据后直接或在公示催告程序终结后向法院提起民事诉讼,请求法院判令票据债务人向其支付票据金额,从而使其票据权利得以救济和实现的一种法律制度。票据诉讼既能保护失票人的合法权益,又能保护善意取得人的合法权益,同时克服了公示催告救济方法的不足,因此,票据诉讼是票据四种救济方式中最有效的一种手段。

7.3 汇票

7.3.1 汇票的特征及类型

《中华人民共和国票据法》第19条规定,汇票是由出票人签发的、委托付款人在见票时或在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。汇票是票据中最重要的票据类型。



相关链接

按照各国广泛引用或参照的《英国票据法》的规定,汇票是一个人向另一个人签发的,要求见票时或在将来的固定时间或可以确定的时间,对某人或其指定的人或持票人支付一定金额的无条件的书面支付命令。

1. 汇票的特征

(1) 汇票是委托票据

汇票的出票人并不是汇票的付款人,而是另行委托他人作为付款人支付汇票金额,就这点而言,汇票与支票相同,与本票不同。

(2) 汇票是信用票据

除了见票即付的汇票以外,汇票均须记载在将来的某个日期付款。汇票的信用功能主



要是通过这种远期汇票实现的。一般而言，汇票记载的期限越长，就越能体现出汇票的信用功能。按照国际上通行的立法的规定，本票也是信用证券，但《中华人民共和国票据法》规定本票仅限于见票即付，其出票人只限于银行，因而其信用功能受到极大限制。

（3）汇票设有承兑制度

承兑是汇票特有的制度，是远期汇票的付款人承诺在汇票到期日无条件支付汇票金额的票据行为。汇票之所以需要设立承兑制度，是由汇票的性质决定的。

（4）汇票是一种最具代表性的票据

作为最典型的票据，汇票为各国票据法和《公约》所承认。汇票涉及出票人、付款人、收款人三方当事人。综合各国的法律规定，汇票权利人可以是收款人、持票人，也可以是收款人的指示人。汇票关系具有票据关系的最一般内容。

2. 汇票的类型

（1）根据出票人不同，汇票可以分为银行汇票与商业汇票

银行汇票是以银行为出票人，同时以银行为付款人的汇票。通常情况下，银行汇票中的出票行与付款行为同一银行；特殊情况下，也可能不是同一银行。

商业汇票是以银行以外的其他公司、企业为出票人，以银行或者其他公司、企业等为付款人的汇票。

（2）根据汇票上记载的到期日不同，汇票可以分为即期汇票与远期汇票

即期汇票是指以提示日为到期日，持票人持票到银行或其他委托付款人处，银行或其他委托付款人见票必须付款的一种汇票。这种汇票的持票人可以随时行使自己的票据权利，在此之前无须提前通知付款人准备履行义务。

远期汇票是指约定一定的到期日付款的汇票，可分为定期付款汇票、出票日后定期付款汇票、见票后定期付款三种。



提示 在实际的票据使用过程中，银行汇票均为即期汇票，商业汇票多为远期汇票。

（3）根据汇票付款是否需要附随其他单据，汇票可以分为光票和跟单汇票

光票是指无须附带任何商业单据，付款人或承兑人仅以汇票本身即可付款或承兑的汇票。理论上，银行汇票基本上是光票。

跟单汇票是指附带货运单据的汇票。跟单汇票的单据包括提单、仓单、保险单、商业发票、原产地证书、卫生检疫证明、商品检验证书等。跟单汇票实际上是国际贸易结算支付工具的一种，其并不具有传统汇票“无条件支付命令”的性质。

（4）根据汇票上对收款人记载方式的不同，汇票可以分为记名汇票、无记名汇票及指示汇票

记名汇票又称为“抬头汇票”，是指出票人明确记载了收款人姓名和名称的汇票。根据



各国票据法的规定，记名汇票必须背书转让。《中华人民共和国票据法》仅规定了记名汇票。

无记名汇票又称“空白汇票”，是指出票人未记载收款人姓名或名称，或仅记载“持票人”或“来人”的汇票。一些国家的票据法认为，收款人并非汇票的必要记载事项，因而无记名汇票的存在是合法的，其可依交付方式转让，也可通过记载收款人的姓名或名称使其变为记名汇票。

指示汇票是指出票人在记载收款人的姓名或名称的同时，又附加记载“或其指定人”字样的汇票。指示汇票也须以背书方式转让，出票人不得记载“禁止转让”字样，否则将与指示汇票的性质相违背。



提示 《中华人民共和国票据法》目前未对指示汇票做出规定。

7.3.2 汇票的当事人

汇票法律关系是典型的票据法律关系，其成立必须具备票据法律关系的基本当事人，即出票人、付款人和收款人。

1. 出票人

出票人是指签发汇票的人。出票是最基本的票据行为，它要求行为人必须具备一定的行为能力。《中华人民共和国票据法》明确规定，出票人必须具有完全民事行为能力，无民事行为能力或者限制民事行为能力的出票行为应当由其法定代理人或监护人代理。

2. 付款人

付款人是指履行汇票支付责任的人。银行汇票的付款人是参加“全国联行往来”的银行；商业汇票的付款人是商品交易活动中接受货物的当事人或与出票人签订承兑委托协议的银行。

3. 收款人

收款人是指汇票上记载的享有票据权利的人。任何人都可以作为银行汇票的收款人。但作为商业汇票的收款人，则对其要求较为严格。我国支付结算办法规定，商业汇票只能用于各企业单位之间合法的商品交易活动，禁止签发无商品交易的汇票。

7.3.3 汇票的出票

汇票的出票也称为发票、开票、票据发行，是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。当出票人按照法律规定的形式做成汇票并将其交付给收款人时，出票行为即完成。

由于汇票是要式证券，所以制作汇票必须符合法定款式。《中华人民共和国票据法》第22条规定，汇票必须记载下列事项，否则汇票无效。



（1）票据上应有汇票字样

通常情况下，该文句在统一印制好的票据用纸事先就已印制好了，出票人无须自行记载。

（2）无条件支付的委托

汇票是出票人委托他人进行付款的票据。为增强票据的流通性和付款的确定性，使这种委托关系变得单纯，汇票就不得附条件。

（3）确定的金额

由于票据是以金钱的支付为标的的债权证券，因而，汇票金额的记载当然是绝对必要的。在汇票金额记载欠缺或更改时，汇票无效。

（4）付款人名称

汇票作为一种委托证券，出票时当然必须明确记载出票人所委托的人。付款人可以是法人，也可以是自然人。

（5）收款人名称

票据是一种指示性证券，在出票时，出票人必须明确记载票据权利人即收款人，此后才能由收款人继续指示新的票据权利人，也就是以收款人为第一背书人进行票据的背书转让。收款人名称的记载必须用全称，不得使用简称或企业的代号。

（6）出票日期

出票日期对于出票行为具有重要意义。① 它是决定票据权行使期间计算的基准日。② 它是汇票到期后计算利息的基准日。③ 它是确定出票人民事行为能力的依据。所以，汇票上必须记载出票日期。

（7）出票人签章

出票人是通过其签章确实地加入到票据法律关系中承担票据义务的。同时，票据签章还是对票据上记载的出票人和实际出票人进行同一性认定的依据，所以，汇票上其他记载事项无须出票人本人亲自完成，但其签章则必须由本人完成（签名）或授权他人代为完成（盖章）。

7.3.4 汇票的背书转让

《中华人民共和国票据法》第27条规定，票据法上的汇票转让是通过背书方式进行的。所谓背书，是指持票人在票据的背面或者粘单上记载有关事项，完成签章，并将其交付相对人，从而将票据权利转让给他人或者将一定的票据权利授予他人行使的票据行为。

1. 背书转让的方式

通常，在票据的背面都事先印制好若干背书栏的位置，载明表示将票据权利转让给被背书人的文句，而留出背书人及被背书人的空白，供背书人进行背书时填写。票据法一般并不限制进行背书的次数，在背书栏或票据背面写满时，可以在票据上粘贴“粘单”进行背书。



背书应当由背书人签章并记载背书日期。如果未记载背书日期,视为在汇票到期日前背书。而且背书也必须记载被背书人的名称。

2. 背书转让的法律效力

1) 背书转让无须经票据债务人同意。在票据背书转让时,行为人无须向票据债务人发出通知或经其承诺。只要持票人完成背书行为,就构成有效的票据权利转让。

2) 背书转让的转让人不退出票据关系。背书转让后,转让人并不退出票据关系,而是由先前的票据权利人转变为票据义务人,并承担担保承兑和担保付款的责任。

3) 背书转让具有更强的转让效力。通过背书的方式转让票据权利,能够使受让人得到更充分的保护。票据法设计了一系列特别的制度来保障票据受让人的权利。首先,受让人只需以背书连续的票据,就可以证明自己的合法权利人身份,而无须提供其他证明。其次,受让人可以对票据债务人主张前手对抗辩的权力,从而使其享有的票据权利不受票据债务人与前手背书人之间抗辩事由的影响;最后,受让人可以主张善意取得。

3. 转让限制

1) 出票人在汇票上记载“不得转让”字样的,其后手再为背书转让的,原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

2) 汇票须完整转让,将汇票金额的一部分转让的背书,或将汇票金额分别转让给2人以上的背书无效。

3) 背书不得附有条件,票据法规定,背书附有条件的,所附条件不具有汇票上的效力。

4) 背书记载“委托收款”字样的,被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。

5) 汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或超过付款提示期限的,不得背书转让;背书转让的,背书人应当承担汇票责任。

7.3.5 汇票质押

汇票质押是指以设定质权、提供债务担保为目的而进行的背书。它是由背书人通过背书的方式,将汇票转移给质权人,并以票据金额的给付作为对被背书人债务保证的一种方式。

背书人在设定质押背书时,必须在背书中载明“质押”字样,并签名盖章。如果出质人只记载了“质押”字样而未在票据上签章,或者出质人未在汇票或粘单上记载“质押”字样而是另行签订质押合同、质押条款的,不构成票据质押。

7.3.6 汇票贴现

贴现是一种票据转让方式,是指持票人在需要资金时,将其持有的商业汇票,经过背书转让给银行,银行从票面金额中扣除贴现利息后,将余款支付给申请贴现人的票据行为。贴现是银行的一项资产业务,汇票的支付人对银行负债,银行实际上与付款人有一种间接贷款关系。再贴现是指贴现银行向中央银行再转让汇票,转贴现是指贴现银行向其他商业



银行转让汇票，二者都是贴现银行以未到期的贴现票据，经背书后的再次贴现，中央银行或其他商业银行按规定扣除再贴现或转贴现的利息后，给申请贴现银行兑付票款。

汇票贴现的限制主要有以下几点：

1) 出票人在票据上记载“不得转让”字样，其后手以此票据进行贴现的，通过贴现取得票据的持票人不享有票据权利。

2) 背书人在票据上记载“不得转让”字样，其后手以此票据进行贴现的，原背书人对后手的背书人不承担票据责任。

3) 商业汇票的持票人向非其开户银行申请贴现与向其开户银行申请贴现具有同等的法律效力。但是，持票人有恶意或者贴现银行恶意串通的除外。

7.3.7 汇票承兑

汇票承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。承兑是汇票特有的一种制度。因为汇票的出票人在出票时，委托他人（付款人）代替其支付票据金额，而该付款人在出票时未在汇票上签章，不是非汇票债务人，无当然的支付义务。为使票据法律关系得以确定，就需要确认付款人是否愿意承担付款责任，如果他在汇票上签字承兑则表明他承担付款责任。

汇票承兑具有下列一般原则。

（1）自由承兑原则

汇票的付款人可以依自己独立的意思，决定是否进行承兑，不受出票人指定其为付款人的限制。即使付款人与出票人存在一定的资金关系或依承兑协议，应为汇票进行承兑而未承兑，也只承担票据外责任。

（2）完全承兑原则

《中华人民共和国票据法》第54条规定，付款人必须在持票人提示付款的当日足额付款。通过该条的规定，可以认为我国的票据法事实上是否认部分承兑的，付款人进行部分承兑的，应视为承兑附有条件，依《中华人民共和国票据法》第43条的规定，视为拒绝承兑。这在票据法上称为完全承兑原则。

（3）单纯承兑原则

《中华人民共和国票据法》第43条规定，付款人承兑汇票不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑，不发生承兑的效力。这在票据法上称为单纯承兑原则。

7.3.8 汇票保证

汇票保证是指汇票债务人以外的第三人，担保特定的票据债务人能够履行票据债务的票据行为。当被担保的票据债务人不能履行票据汇票义务时，保证人承担向汇票权利人支付款项的义务。汇票保证是一种担保法律关系，属于保证担保方式，但其与担保法上的保证担保有较大的不同，其成立、生效、保证性质、担保范围等适用票据法的规定，而不适



用担保法的规定。

《中华人民共和国票据法》第46条规定，保证人必须在汇票或粘单上记载下列事项，才能使汇票保证成立。

(1) 标明“保证”的字样

这是票据保证的绝对记载事项。保证文句一般并不直接印制在汇票用纸上，需要保证人为保证行为时，特别加以记载。保证人未在汇票上或者粘单上记载“保证”字样，而是另行签订保证合同或者保证条款，则不构成票据保证。

(2) 保证人名称和住所

该记载事项能使票据权利人及时准确地了解保证人的情况，以便顺利行使汇票权利。从我国票据法的规定来看，该记载事项应属绝对记载事项，欠缺该事项时，一般并不会影响汇票保证的有效成立，持票人可依保证人的签章，推定其住所和名称。

(3) 被保证人名称

该项记载也是相对必要记载事项。《中华人民共和国票据法》第47条规定，保证人未记载被保证人名称的，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。

(4) 保证日期

《中华人民共和国票据法》第47条规定，该项记载事项为相对必要记载事项。未记载保证日期的，以出票日期为保证日期。

(5) 保证人签章

这是表明保证人完成保证行为，作为汇票债务人承担汇票保证债务的重要事项，它使票据保证行为最终成立，是绝对必要记载事项。

7.3.9 汇票付款

汇票付款有广义和狭义两种解释。广义的票据付款泛指票据债务人依票据对票据权利人进行的一切金钱支付，既包括付款人或承兑人在票据到期时对持票人进行的支付，也包括追索义务人对追索权利人进行的支付，以及保证人对持票人进行的支付。狭义的票据付款仅指付款人或承兑人在票据到期时对持票人所进行的票据金额的支付。通常情况下，票据付款指的是狭义付款。

汇票付款通常履行以下程序：

- 1) 持票人在票据法规定的提示期限内提示付款的，付款人必须在当日足额付款。
- 2) 持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交给付款人。持票人委托银行收款的，受委托的银行将代收的汇票金额转账收入持票人账户，视同签收。
- 3) 持票人委托的收款银行的责任，限于按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人账户。付款人委托的付款银行的责任，限于按照汇票上记载事项从付款人账户支付汇票金额。



4) 付款人及其代理付款人付款时,应当审查汇票背书的连续,并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。

5) 汇票金额为外币的,按照付款日的市场汇价,以人民币支付。汇票当事人对汇票支付的货币种类另有规定的,按其规定支付。

7.3.10 汇票的追索权

追索权是指持票人在提示承兑或者提示付款而未获承兑或未获付款时,依法向其前手请求偿还票据金额及其他金额的权利。



提示 《中华人民共和国票据法》第61条规定,汇票到期被拒绝付款时,持票人可以对其背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。

1. 追索权行使的原因

(1) 期前追索权的原因

《中华人民共和国票据法》第60条第2款规定,汇票到期被拒绝付款的,持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。汇票到期日前,有下列情形之一的,持票人也可以行使追索权:

- 汇票被拒绝承兑的;
- 承兑人或者付款人死亡、逃匿的;
- 承兑人或者付款人被依法宣告破产或者因违法被责令终止业务活动的。

(2) 期后追索权的原因

汇票到期后,如果汇票的付款人、承兑人或者代理付款人拒绝支付,或者持票人提示付款时,汇票上所记载的付款场所不存在、付款人不存在或下落不明,使持票人无法进行提示,因而无法获得付款时,持票人可以行使追索权。

2. 行使追索权的条件

作为补充付款请求权的权利,追索权是在票据权利不能依正常程序实现时产生的,持票人不履行法定的程序时不得行使该权利。行使追索权必须满足以下条件:

1) 必须在法定期限内对付款人提示票据,未经提示,持票人不能对前手追索。

2) 在遭到拒付后,持票人必须在法定期限内做成拒绝付款证书(或拒绝退票理由书等),除非出票人已在票据上列明不必做拒绝证书。拒绝证书包括拒绝承兑证书和拒绝付款证书,做成拒绝承兑证书后,就无须再做成拒绝付款证书了。关于做成拒绝证书的法定期限,《英国票据法》规定为退票后1个营业日内;而《日内瓦统一汇票本票法》则规定承兑和见票即付汇票的拒绝证书,应于规定的提示承兑期限内做成。第一次提示是在该期限的最后一日提示者,则拒绝证书得于次日做成,定日付款或在出票或见票后定期付款的汇票,其拒绝证书须在汇票应付日后两个营业日内做成,见票即付汇票的拒绝证书按拒绝承兑的拒绝



证书的条件做成。对于国外汇票遭拒付时,为了行使追索权,每个国家的法律都规定做成拒绝证书是绝对必要的。

3) 必须在拒付后的法定期限内及时将拒付事实通知其前手,后者再通知他的前手,直至出票人为止。关于通知的期限,《英国票据法》规定为退票后1个营业日内;而《日内瓦统一汇票本票法》则规定为拒绝证书做成后的4个营业日内。为了肯定可以向全体前手追索,在可能的条件下,持票人最好通知全部前手。《英国票据法》非常重视拒付通知,规定持票人若不及时发出拒付通知,即丧失其追索权;而《日内瓦统一汇票本票法》则认为拒付通知仅是后手对前手的义务,不及时通知拒付,并不丧失追索权,但如前手因后手未通知而遭到损失,则后手应负赔偿责任,但赔偿以汇票金额为限。

7.4 本票与支票

7.4.1 本票

1. 本票的概念及特征

本票即银行本票,是指出票人签发的、承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。银行本票限于见票即付。银行本票是银行提供的一种银行信用,见票即付,可当场抵用。

本票具有以下特征:

1) 本票是票据的一种,具有一切票据所共有的性质,是无因证券、设权证券、文义证券、要式证券。

2) 本票是自付证券,它是由出票人自己对收款人支付并承担绝对付款责任的票据。这是本票和汇票、支票最重要的区别。

3) 无须承兑。由于本票是由出票人本人承担付款责任,无须委托他人付款,所以,本票无须承兑就能保证付款。

2. 本票的出票

(1) 出票人资格

根据《中华人民共和国票据法》的规定,本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源,并保证支付。

我国关于本票的法律规定,在商业银行辖属营业机构开户的单位和个人需要在票据交换区域内支付各种款项时,可以申请使用银行本票。

(2) 本票的法定记载事项

本票的绝对应记载事项有:表明“本票”的字样;无条件支付的承诺;确定的金额;收款人名称;出票日期;出票人签章。

本票的相对应记载事项有:① 付款地。本票上未记载付款地的,出票人的营业场所为



付款地。② 出票地。本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

3. 本票的付款

在持票人提示见票时，本票的出票人必须承担付款的责任。本票自出票日起，付款期限最长不超过2个月。

4. 本票适用汇票规定的情况

《中华人民共和国票据法》规定，本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除适用本票规定的以外，适用有关汇票的规定。

7.4.2 支票

1. 支票的特征与种类

支票是出票人签发的、委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。

支票具有以下特征：

- 支票是票据的一种，和汇票、本票一样，具有票据所具有的共同特征。
- 票据法对支票付款人的资格有严格限制，仅限于银行或其他金融机构。
- 支票是见票即付的票据。
- 支票的无因性受到一定限制。《中华人民共和国票据法》第87条规定，支票的出票人签发支票不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额，超过其实有存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。

支票通常分为以下几种：

1) 以支票上权利人的记载方式为标准，可以将支票分为记名支票、无记名支票和指示支票。《中华人民共和国票据法》第84条未将支票的收款人名称作为法定的绝对必要记载事项，而第86条规定，支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。这说明我国是承认无记名支票的。

2) 以支票的付款方式为标准，可以将支票分为现金支票和转账支票。现金支票只能用来支取现金；转账支票只能用来转账，不能用来支取现金。

3) 以支票当事人是否兼任为标准，可以将支票分为一般支票和变式支票。一般支票是指出票人、付款人与收款人为不同当事人的常用支票。变式支票又可分为对己支票（出票人自己为付款人）、指己支票（出票人自己为收款人）、付受支票（付款人也是收款人）。《中华人民共和国票据法》第86条规定，出票人可以在支票上记载自己为收款人。

2. 支票的出票

我国票据法规定，支票的出票人只有符合下列条件，才能签发支票：① 建立账户。开立支票存款账户，申请人必须使用其本名，并提交证明其身份的合法证件。所以，作为支票的出票人，首先要在银行或其他金融机构开立一个存款账户，以建立与银行或其他金融



机构的关系。② 存入足够支付的款项。《中华人民共和国票据法》第 82 条规定,开立支票存款账户应该有可靠的资信并存入一定的资金。③ 预留印鉴。在银行或其他金融机构开立支票存款账户时应该留下其本人的签名样式和印签样式。

支票应具有下列法定记载事项:表明“支票”的字样;无条件支付的委托。确定的金额。付款人名称;出票日期;出票人签章。票据上未记载上述事项的,支票无效。

3. 支票的付款

(1) 提示付款

支票的持票人应当在出票日起 10 日内提示付款;异地使用的支票,付款提示期限由中国人民银行另行规定。超过付款提示期限的,付款人可以拒绝付款。

(2) 逾期提示的法律后果

因超过提示付款期限付款人不予付款的,持票人仍享有票据权利,出票人仍应对持票人承担票据责任,支付票据所载金额。

(3) 付款的意义

付款人依法支付支票金额的,对出票人不再承担受委托付款的责任,对持票人不再承担付款责任。

(4) 因出票人签发空头支票或签发与其签名样式或预留印签不符的支票而给他人造成损失的,支票的出票人和背书人应当依法承担民事责任。

4. 支票适用汇票规定的情况

《中华人民共和国票据法》第 93 条规定,支票的背书、付款和追索,除关于支票另有规定的,适用汇票的规定。支票的出票行为亦可适用汇票的有关规定。

7.5 与票据有关的国际公约

早在 1869 年的意大利商业会议开始时,国际上即出现了解决各国票据法冲突、统一国际票据法的要求。到目前为止,国际票据法的统一活动,经历了以下四个发展阶段。

1. 19 世纪末“国际法协会”的国际票据法统一活动

从 1869 年的意大利商业会议开始倡导国际法统一运动以来,1872 年,德国法学会曾倡议编纂欧洲统一票据法;1885 年,比利时政府曾召集国际商法会议讨论国际票据法案;1875 年,国际法协会在海牙开会,会后在不来梅、英特卫普、法兰克福等德国城市继续开会,议定《不来梅规则》27 条,作为统一法规的大纲。国际法学会则于 1812 年、1813 年和 1885 年召开会议,以德国法系为依据形成了《标准票据法》。

2. 《海牙统一票据法》

1910 年,由德国、意大利两国倡议,荷兰政府在海牙召开了国际票据法统一会议,有 31 个国家的代表参加。会议拟订了统一汇票本票法草案,草案条文 88 条;同时还拟订了



统一汇票本票法公约草案，草案条文 31 条。1912 年又召开了第二次海牙会议，有 37 个国家的代表参加，当时的中国政府也派人出席了这次会议。在上次海牙会议两个草案的基础上，会议制定了统一票据规则，共 12 章，80 条，同时草拟了票据统一公约，共 31 条，统一国际支票规则草案 34 条。与会各国除英美声明不愿加入、日本未签字外，其他国家皆签订公约予以承认。但突然爆发的第一次世界大战使得海牙票据统一规则来不及得到各国政府的批准，最终未能生效，票据法的国际统一活动也暂告停止。这个规则虽然没有成为一项真正意义上的国际公约，更遑论实现票据法的国际统一，但由于该法比较切合实际，故对 20 世纪 20 年代各国票据立法产生了深远的影响。

3. 《日内瓦统一票据法》

第一次世界大战结束后，成立了第一个世界性国际组织——国际联盟。在国际联盟推动下，票据法国际统一趋势进一步得到发展。1920 年，国际联盟在布鲁塞尔召开了国际财政会议，重新推动票据法的国际统一，委托国际联盟经济委员会办理。1926 年，国际联盟经济委员会设置票据专家委员会，起草统一票据法的草案及有关文件。1930 年，国际联盟理事会在日内瓦召开了国际票据统一的第一次日内瓦会议，议定了《统一汇票本票法》和三个公约：《统一汇票本票法公约》、《解决汇票本票的法律冲突事项公约》和《汇票本票印花税法公约》。其中《统一汇票本票法公约》是最重要的。三个公约相互独立，各国可以分别加入。1931 年，国际联盟在日内瓦再次召开国际票据法统一会议，会议议定了《统一支票法》和三个公约：《统一支票法公约》、《解决支票的法律冲突事项公约》和《支票印花税法公约》。这三个公约也是相互独立的，各国可以分别加入。

以 1927 年的《统一汇票本票法公约》和 1931 年的《统一支票法公约》为主体的各公约，通常被称为《日内瓦统一票据法》。参加该公约的国家包括德国、法国及其他大多数欧洲国家、日本及部分拉丁美洲国家。《日内瓦统一票据法》兼采各国票据法之长，极大地推动了票据法的国际统一，一些主要的大陆法系国家纷纷效仿其修改本国的票据法。例如，德国于 1933 年修改了其票据法和支票法，日本于 1934 年修改了本国的票据法和支票法，法国也于 1935 年完成此项修改，瑞士则于 1936 年修改了其债务法中的第五编。这些国家新的票据法律，无论就其实质，还是就其形式，都最大限度地继承了《日内瓦统一票据法》。自此，所谓的德国法系和法国法系的对立之处已基本消除，二者合而成为日内瓦法系。

但是，英国只在《汇票本票印花税法公约》和有关支票的三个公约，即《统一支票法公约》、《解决支票法律冲突公约》、《支票印花税法公约》上签字，而对《统一汇票本票法公约》始终拒绝签字；美国不仅未派代表参加日内瓦会议，而且也拒绝签署上述任何公约，所以，仍存在英美票据法体系与日内瓦票据法体系的对峙，世界统一的票据法未能形成。英国拒绝参加《日内瓦统一票据法》的原因主要在于：一是《日内瓦统一票据法》主要是按照大陆法系的传统，特别是按照德国法的传统制定的，与英美等国长期形成的银行、金融、商业实践及习惯相去甚远，有些规则甚至是根本对立的，如果加入《日内瓦统一票据



法》，必然会引发其国内票据法制及票据司法的混乱；二是如果参加《日内瓦统一票据法》，将影响英美法系诸国之间已经实现了的统一。

英美法系与日内瓦法系的差异和矛盾究竟在哪里？这种矛盾和差异是不是不可消除？美国学者诺顿认为，票据的流通性是票据的核心内容，持票人在什么条件下可以转让票据，他的后手又如何取得优于其前手的权利，背书产生的权利和义务是什么，这一系列问题的对立，构成了英美法系和日内瓦法系现阶段的根本差异和矛盾。两大法系间的最大问题源于对票据流通性这一根本原则掌握的尺度不同。但是，两大法系间虽然差异很多，矛盾很大，但绝不是不可调和的。事实上，自《日内瓦统一票据法》颁布以来，英美法系诸国在某些具体制度上，也在不加公开地承认并接纳。

4. 《国际汇票本票公约草案》

《日内瓦统一票据法》生效后，国际上形成了日内瓦统一票据法体系和英美票据法体系的对峙。但两大法系的对立，并不能涵盖当今世界的立法现状的全部。奥地利、比利时、法国、德国、日本、瑞士、瑞典、意大利、希腊、丹麦、荷兰、挪威、葡萄牙、阿尔及利亚、摩洛哥等国，正式参加了《日内瓦统一票据法》；阿根廷、洪都拉斯、西班牙、印尼、突尼斯、土耳其等国，虽然没有参加《日内瓦统一票据法》，但却根据《日内瓦统一票据法》的精神，制定颁布了本国的票据法；有些国家，如伊朗、约旦、卢森堡等，既不参加此公约，也不以此为蓝本制定本国的法律，而依然延续以法国旧票据法为基础制定的票据法律；智利、墨西哥等国，则有自己独特的票据立法，很难将之归入哪类或是依照哪部法律作为蓝本起草；又有某些国家无票据法，票据使用取决于商业习惯，如一些非洲国家；而英美诸国，则是继续作为一大法系而生存并发展。

对于这种纷乱的局面，迫切需要一部能够为各国政府所普遍接受，又符合时代发展潮流，符合国际经济贸易发展现实需求的国际票据统一法。为了满足这一要求，联合国国际贸易法委员会决定对这一课题的可能性进行全面研究。鉴于国际统一私法协会在这一领域中的经验，联合国国际贸易法委员会决定邀请它出面进行专题研究。研究报告的主题着眼于两项内容：一是1927年的《统一汇票本票法公约》和1931年的《统一支票法公约》是否可能在更多、更大范围内被接受；二是在国际支付中，是否能够创造出一种为各国所共同接受的新的票据形式。

1955年4月，国际统一私法协会向贸易法委员会提交了一份结论性报告，该报告认为：① 现阶段，要起草一部同时为英美法系和日内瓦法系国家所接受并能够将之采纳成国内立法的统一票据法律十分困难；② 在现实的国际交易和国际结算支付中，要说服英美法系诸国全盘接受《日内瓦统一票据法》的规定，同样是十分困难的；③ 立法的努力目标，应当放在建立一个能解决国际票据领域中急需解决的问题的实体规则上；④ 该实体规则的起草，其条文应当比现行的《日内瓦统一票据法》要少，其所调整的对象应严格限于国际票据，这当中包括汇票和支票，关于本票的规则应暂时搁置起草；⑤ 该实体规则，应纯粹是选择



性的，签约国有权自由地采用实体规则所建立的新的各类国际票据，也有权使用现实正在使用的各种票据形式。

国际贸易法委员会对该报告进行了审查，认为该报告的结论基本应得到遵循，并成为起草国际票据公约的指导，但对报告提出的新的公约应当简化，并尽可能地减少条文的建议予以拒绝。

自20世纪70年代初开始，联合国国际贸易法委员会开始草拟国际统一适用的票据法草案。在1972年该委员会召开的第5次大会上，决定设立国际票据起草工作小组，着手拟订国际汇票本票公约草案。工作组由委员会的下列成员组成：澳大利亚、古巴、捷克、埃及、法国、印度、日本、墨西哥、尼日利亚、塞拉利昂、西班牙、苏联、英国、美国、中国。另有23个国家和6个国际组织派观察员参加会议。此后，1984年的第17次大会、1986年的第19次大会以及1987年的第20次大会分别对工作组拟订的草案进行了审议。1988年12月，联合国第43次大会通过了《国际汇票本票公约草案》，并于1990年6月30日前开放签字。公约共9章90条。按照该公约第89条第1项的规定，《国际汇票本票公约草案》须经至少10个国家批准或者加入以后方能生效。

《国际汇票本票公约草案》尽可能地融合了日内瓦法系和英美法系的各自长处，兼顾了两大法系国家的不同利益和商法习惯，对《日内瓦统一票据法》中一些不适合英美法系习惯的内容做了较大幅度的修改，但是这种折中性的修改，并不能完全消除日内瓦法系和英美法系的对立。日内瓦法系各国认为，公约草案对英美各国太过于迁就，以至于日内瓦法系各国必须大幅度地更改自己的传统和习惯。英美诸国也并未因此而感到满足，特别是对公约草案中的一些概念，提出了歧义和模糊的批评。

根据该公约草案的规定，出票人或者承兑人可以自由选择是否适用该公约，即该公约对于缔约国的当事人来说，不具有强制适用的效力，而只有任意适用的效力。而且该公约的适用范围仅限于“国际票据”，即出票、背书、承兑、保证、付款等票据行为，必须至少有一项发生在一国境外。所以，尽管该公约是在考虑到日内瓦统一票据法体系和英美票据法体系之间现存差异的基础上制定的，但该公约却不是完全的国际统一票据法，而仅仅是适用于国际的票据法规范，并不是同时适用于缔约国国内的票据法规范。而《日内瓦统一票据法》则可以认为是完全的国际统一票据法，因为它既可以是适用于国际的票据法规范，也可以是适用于缔约国国内的票据法规范。

本章小结

票据是指出票人依法签发的，由自己或委托他人于见票时或者确定的日期，向持票人或收款人无条件支付一定金额的有偿证券。汇票、本票、支票作为一种有偿证券在交付领域中流通，其本质上属于金钱证券，均表现为对票面金额的无条件支付的命令，并且都属



于可流通转让的“流通证券”。

在票据理论上,狭义的票据行为是指能产生票据债权债务关系的要式法律行为,一般包括出票、背书、承兑、参加承兑、保护、保付六种,基于这些票据行为而产生的票据关系相应地就有票据发行关系、票据背书关系、票据承兑关系、票据参加关系、票据保证关系和支票保付关系。

作为最典型的票据,汇票在本质上属于一种不附条件的书面支付命令,兼有信用证券的特征,且设有承兑制度。各国法律及国际立法均对汇票的各种票据行为做了详细的规定。

各国票据法虽然对本票的定义不同,但均认为“本票是出票人做出的无条件支付一定金额的承诺”。各国票据法大都将汇票与本票合并立法,且为了避免重复,一般都对汇票的各项制度做了详细规定,而对本票只做了特别规定,其他规则均准用汇票的规定。

作为一种支付工具,支票是指出票人签发的、委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票具有与汇票、本票不同的特征。

复习思考题

1. 简述票据权利与票据行为的概念、特征。
2. 简述票据权利的取得、行使、保全及四种救济方式。
3. 简述汇票的背书及其方式、法律效力、限制。
4. 简述汇票的承兑及其方式、法律效力。
5. 论述汇票的追索权。
6. 简述汇票、本票、支票的区别及联系。
7. 简述支票、本票适用汇票的情况。
8. 简述与票据有关的国际公约及其具体内容。

9. 案例分析题:甲为敷衍“赌债”而给乙签发了一张支票,乙又将支票背书给丙用于偿还货款。丙向银行提示付款时,发现该支票是一张空头支票,遂转向甲索要票款。甲辩称:赌博之债为非法之债,不受法律保护,这张支票为无效支票。请问:甲签发的支票是否有效?



引导案例

货物不符责任由谁承担

【案情介绍】

匈牙利某公司作为买方与温州市进出口公司签订一份购买童装的合同。温州市进出口公司以托运人的身份将该批货物交由香港富天船务公司（以下简称富天公司）承运。富天公司收到货物，签发了一式三份正本全程多式联运提单。提单载明：收货地厦门，装货港香港，卸货港布达佩斯，收货人为匈牙利某公司。货物运抵香港后，富天公司将其转至以星公司承运。以星公司也签发了提单。富天公司收执的提单上载明副本不得转让，并载明装货港香港，收货人为富天公司签发的正本提单持有人及本份正本提单持有人，通知人为本案原告匈牙利某公司，并注明该箱货物从厦门运至布达佩斯，中途经香港。以星公司将集装箱运抵斯洛文尼亚的科波尔港，博雷蒂诺铁路运输公司出具了运单，该运单载明的箱号、铅封号以及集装箱货物与以星公司出具给富天公司的提单内容相同。以星公司将集装箱经铁路运至目的地布达佩斯。原告向以星公司提交了富天公司签发的一份正本提单，然而，当原告提货时，发现箱子是空的。同日，匈牙利铁路公司出具证明，集装箱及门锁在抵达布达佩斯站时已被替换。后来匈牙利某公司多次向富天公司和以星公司催讨，三方协商未果。最后，原告匈牙利某公司向厦门海事法院起诉富天公司和以星公司。

【法律问题】

在国际货物运输中，存在两个承运人，当出现货物不符的情况时，由哪个承运人承担赔偿责任？

【法理分析】

本案涉及《中华人民共和国海商法》的适用。《中华人民共和国海商法》规定，多式联运经营人是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立多式联运合同的人。多式联运经营人对多式联运货物的责任期间，自接收货物时起至交付货物时止。多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同，并对全程负责。多式联运经营人与参



加多式联运的各区段承运人,可以就多式联运合同的各区段运输,另以合同约定相互之间的责任。但是,此项合同不得影响多式联运经营人对全程运输所承担的责任。所以,在本案中,富天公司与托运人温州市进出口公司签订了多式联运合同,并签发了清洁的多式联运单据,富天公司就成为本案中的多式联运经营人,那么就承担了按照提单所载明的内容将货物运至目的地的责任。当货物在责任期间发生灭失或损坏时,其应承担赔偿责任。根据本案证据表明,集装箱及门锁在4月15日抵达布达佩斯站时就被替换,货物的灭失是发生在多式联运经营人的责任期间,所以作为多式联运经营人的富天公司应承担赔偿责任,而不管其把货物交给实际承运人时货物是否完好。如果确有证据表明货物的灭失是由于实际承运人以星公司的过失或故意引起的,富天公司可以另行起诉,但这都不能排除富天公司在本案中应承担的责任。

[资料来源:王瀚,刘萍.中国律师和法学家,2005(1).]

学习目标

- ◆ 素质目标:具备对国际货物运输合同成立条件应有的分析、判断力;掌握国际货物运输的种类及单据的作用。
- ◆ 知识目标:了解国际货物运输合同订立过程中涉及的各种概念、规定,以及与运输合同相关的单据及其法律效力。
- ◆ 技能目标:能够在缔结国际货物运输合同时明确托运人、收货人和承运人的义务与责任,把握诉讼的时效性。
- ◆ 能力目标:具有按照国际公约的不同规定缔结国际货物运输合同,并对合同变化所发生的法律后果做出较准确的把握和处理的能力。

学习导航

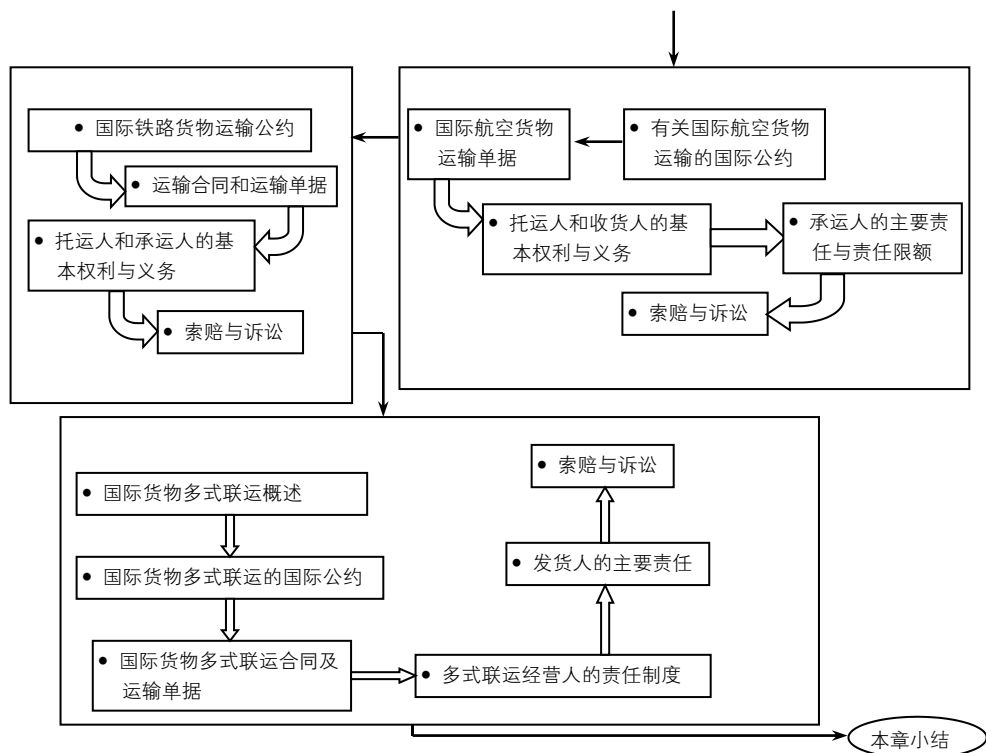
第8章 国际货物运输法

1 国际海上货物运输法

- 国际海上货物运输的概念和种类

- 海运提单

- 租船合同



根据运输工具不同，国际货物运输通常可以分为海上运输、铁路运输、公路运输、航空运输及管道运输等。其中，在国际贸易中，最常采用的是海上运输、铁路运输和航空运输。与之相对应，国际货物运输适用的法律分别为国际海上货物运输法、国际铁路货物运输和国际航空货物运输法。本章将分别介绍有关法律知识。

8.1 国际海上货物运输法

8.1.1 国际海上货物运输的概念和种类

国际海上货物运输是指在两个不同国家港口之间通过海运船舶进行的货物运输。国际海上货物运输是国际货物运输方式中最主要和最重要的一种。国际货物运输有 80% 以上是通过海运来完成的。对于石油、铁矿石、粮食、煤炭等大宗散货，几乎都是采用海运方式。国际海上货物运输具有运输量大、运输费用低廉等优点，同时也有速度较慢、受海上特殊风险影响较大的缺点。国际海上货物运输主要有以下几类。

(1) 班轮运输

班轮运输也称定期运输，它是指承运人接受众多托运人的托运，将属于不同托运人的



不同货物装于同一船舶,按照预先规定的时间表,在固定的航线和港口之间往返,并由船方负责装卸,按固定费率收取运费的运输方式。

班轮运输合同签订后,承运人接收货物,据以签发提单,所以班轮运输又称提单运输。此后,无论是托运人同承运人,还是收货人或提单持有人同承运人之间的权利和义务,均以提单为准。但是,承运人签发的提单不能任意扩大托运人的责任和限制自己的义务,而要受各国国内法和有关国际公约的约束。实践中,提单往往是由船舶公司预先制定好的,托运人只要按要求填写签字,并由船长签署确认,运输合同即告成立,托运人与承运人之间无须另订运输合同。

提示 提单是承运人或其代理人在接受其承运的货物或把货物装船后,应托运人的请求签发给托运人,证明双方已经订立运输合同,并保证按照提单所载明的条件在目的港交付货物的一种书面凭证。

(2) 租船运输

租船运输是指通过包租整条船、船的一部分或者指定舱位进行海上运输的一种方式。它没有预定的船期表,航线、港口、航行时间都不固定,由船、租双方通过签订租船合同做出具体安排。这种运输方式适合大宗货物的运输,如粮食、矿砂、煤炭、石油等。租船运输包括航次租船运输、定期租船运输和光船租船运输。在采用租船运输时,船舶承租人与出租人之间的权利和义务以双方签订的租船运输合同为依据。

8.1.2 海运提单

1. 提单运输的国际公约

国际上调整提单运输的公约有:《海牙规则》(Hague Rules)、《维斯比规则》(Visby Rules)、《汉堡规则》(Hamburg Rules)、《国际海事委员会电子提单规则》(Committee Maritime International Rules for Electronic Bills of Lading)和《鹿特丹规则》(Rotterdam Rules),其中《国际海事委员会电子提单规则》属民间规则,《鹿特丹规则》目前尚未生效。

(1) 《海牙规则》

《海牙规则》是国际海洋法委员会于1921年在荷兰第三大城市海牙召开会议制定的第一个有关提单国际规则,旨在统一世界各国关于提单的不同法律规定,并确定承运人与托运人在海上货物运输中的权利和义务。后经数次修改,于1924年8月25日在布鲁塞尔召开的26国外交会议上通过了《关于统一提单若干法律规则的国际公约》(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading),简称《海牙规则》。该规则自1931年6月2日起生效,至今缔约国已有99个。对《海牙规则》影响较大的是美国早期于1893年通过的《哈特法》(Harter Act)。《海牙规则》规定的承运人最低限度义务、免责事项、索赔和诉讼、责任限制和适用范围及程序性等几个方面,都接受



了这部法律的规则。

（2）《维斯比规则》

《维斯比规则》又称《海牙—维斯比规则》，是于1968年2月23日在比利时首都布鲁塞尔召开的第12届海洋法外交会议上通过的《修订统一提单若干法律规则的国际公约的议定书》（Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading），该议定书的准备工作在瑞典的维斯比完成，因而简称为《维斯比规则》。《维斯比规则》对《海牙规则》进行了修订，自1977年6月23日生效。目前有32个国家加入该规则，其中包括英、法、德、荷、西、挪、瑞典、瑞士、意、日等主要航运国家。

（3）《汉堡规则》

《汉堡规则》是于1978年3月6~31日在德国汉堡举行由联合国主持的由78国代表参加的海上货物运输大会上讨论通过《联合国海上货物运输公约》（United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea），简称《汉堡规则》。它是广大发展中国家在国际社会中长期艰苦努力的成果，对《海牙规则》和《维斯比规则》中船货双方不合理的权利义务关系进行了修订，对其中含混不清之处加以清除或明确，建立了船货双方平等分担海运货物风险的制度，较多地反映了发展中国家的利益和要求。《汉堡规则》的生效条件规定：“本公约自第二十份批准书、接受书、认可书或加入书交存之日起满一年后的次月第一日生效。”《汉堡规则》自1978年3月31日获得通过后，直至埃及递交了批准书后满足生效条件，于1992年11月1日起正式生效。《汉堡规则》全文共7章34条，除保留了《海牙—维斯比规则》对《海牙规则》修改的内容外，对《海牙规则》进行了根本性的修改，明显地扩大了承运人的责任，目前有34个国家加入，但加入国多是发展中国家，占全球外贸船舶吨位数较大的国家都未承认该规则。

（4）《国际海事委员会电子提单规则》

1990年6月29日，国际海事委员会在巴黎召开的第34届大会上通过了《国际海事委员会电子提单规则》（Committee Maritime International Rules for Electronic Bills of Lading）。该规则是在《联合国贸易资料指南》、《联合国行政、商业、运输电子资料交换规则》和《国际海事委员会电讯贸易资料交换实施统一规则》基础上制定的。本规则系民间规则，供当事人自愿采纳，经当事人同意援用后适用。《国际海事委员会电子提单规则》共11条，主要内容有：适用范围；定义；程序规则；收货单据的形式和内容；运送合同的术语与条件；密码；发送；接受纸面单证的选择；电子数据等同书面；数据电文的鉴定等。

（5）《鹿特丹规则》

《鹿特丹规则》是于2008年12月11日在维也纳第63届联合国大会上通过的《联合国全程或部分国际海上货物运输合同公约》（Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea），也称为《联合国统一运输法公约》或《联合国



运输法公约》，联合国大会决定于2009年9月23日在荷兰鹿特丹港举行签字仪式，开放供各成员国签署，简称《鹿特丹规则》。进入21世纪后，无论是在船货双方的力量对比方面，还是在国际货物运输方式方面，抑或国际贸易货物运输量方面，与《海牙规则》诞生时的情形相比都发生了巨大的变化，而《汉堡规则》没有起到货物运输统一规则预期的效果。1996年，联合国国际贸易法委员会正式委托国际海事委员会着手新公约制定工作，2008年7月3日，联合国国际贸易法委员会通过了新公约草案并提交联合国大会。《鹿特丹规则》共18章96条，包含海上国际货物运输但又不限于港口到港口的货物运输的国际货物运输公约。除了为“门到门”式的货物运输提供法律支持外，新公约还包含很多革新性的特征，比如“允许电子货物运输记录”、“批量合同”、“权利转让”、“货物交付”（含无单放货）、“控制权”、“海运履约方”、“管辖权”“与”仲裁”、“承运人责任”、“运输单证”以及一些其他的技术手段来弥补现行货物运输法律体制中的缺漏，而且还扩大了承运人对货物丢失损坏的责任限制范围。该公约加入国家尚未达到20个国家的生效条件，联合国国际贸易法委员会正在积极推动此项工作。

中国至今未加入上述任何一个公约，但在制定我国海商法时参照和借鉴了上述公约的部分内容。这也是选择和处理国际公约的一种态度和模式。我国在国际贸易航运业还处于成长阶段，参照在国际上广泛接受和遵守的《海牙规则》，并兼采《汉堡规则》的有益部分，制定我国海商法是合适而富有远见的选择。目前，我国海商法面临一些新变化和挑战，存在修改的必要，但当今国际贸易和国际航运的基本格局及其基本法律关系赖以存在的经济基础并没有根本改变，修改我国海商法可以适当参考《鹿特丹规则》中先进而成熟的规则，用以完善我国法律。

2. 提单的签发和内容

《海牙规则》第3条第3款规定：“承运人或船长或承运人的代理人，在接管货物后，应依托运人的请求，发给托运人提单。”英国1924年《海上货物运输法》和美国1936年《海上货物运输法》均采用了此规定。《鹿特丹规则》第35条规定：“货物一经向承运人或履约方交付运输，托运人或经托运人同意的单证托运人，有权按照托运人的选择，从承运人处获得运输单证或电子运输记录。”《中华人民共和国海商法》第72条规定：“货物由承运人接收或者装船后，应托运人要求，承运人应当签发提单。提单可以由承运人授权的人签发。提单由载货船的船长签发的，视为代表承运人。”此规定是参照《汉堡规则》制定的。

承运人负有签发提单的义务，并且负有如实、依法签发提单的责任。提单的签发通常是在货物装船后，提单的签发日期应为货物装船日期。如装船日期晚于买卖合同及信用证中规定的装船期限，买方可以卖方违约为由提出索赔。承运人对同批货物只允许签发一套正本提单，一式二份或一式三份。提单签发人应在各份正本提单上签字，副本提单不必签署。提单正本份数应载于提单的正面，同时还应规定，凭其中一份提单提货后，其他各份提单失效，提单副本是不可转让的。



提单并无统一的格式，可由轮船公司自行制定。世界各轮船公司都有自己的提单格式和提单条款，但其内容是基本一致的，主要是按《海牙规则》的规定加以制定的。提单分正反两面，提单正面是提单记载的事项及一些声明性的条款，提单的背面是关于双方当事人权利和义务的实质性条款。

根据《海牙规则》的规定，提单正面的内容只有三项，即货物标志、件数或者数量或重量、货物表面状况。这样的规定是很不充分的。《汉堡规则》第15条第1款规定，提单正面应载明以下内容：① 货物的一般性质、标志、包数或者件数、重量或数量；② 货物的表面状况；③ 承运人姓名和主要营业所；④ 托运人姓名；⑤ 如托运人指定收货人时，收货人的姓名；⑥ 装货港及承运人接管货物的日期；⑦ 卸货港；⑧ 提单正本的份数；⑨ 提单签发的地点；⑩ 运费的支付；⑪ 承运人或其代理人的签字。《鹿特丹规则》的规定与《汉堡规则》的规定基本相同。

提单背面印有详细的运输条款，主要是规定承运人与托运人的权利和义务，其内容包括：① 管辖权条款；② 法律适用条款；③ 承运人责任条款；④ 承运人免责条款；⑤ 责任期间条款；⑥ 赔偿责任限额条款；⑦ 特殊货物条款；⑧ 留置权条款；⑨ 转船、换船与转运；⑩ 共同海损与救助和新杰森条款；⑪ 双方有责碰撞条款等。

3. 提单的功能

提单是国际海上货物运输中最重要的单据。从关于提单的立法及国际条约的规定分析，一般认为，提单具有以下法律性质或者功能。

（1）提单是海上货物运输合同的证明

关于提单是海上货物运输合同本身还是运输合同的证明，各国是有争议的。多数意见认为，提单只是运输合同的证明。因为合同是以当事人双方意思表示一致为生效主要条件，而提单只是由一方当事人（承运人）签发的；从时间上看，在班轮运输中，托运人依班轮公司的船期、运费率等向承运人提出订舱要求，一经承运人接受，海上货物运输合同即告成立；而提单通常是在货物装船之后，承运人或其代理人签发提单给托运人，所以，运输合同是在签发提单之前成立的，签发提单只是承运人履行合同的一个环节。从法律性质上看，提单只是运输合同的证明，而不是运输合同本身。当提单与运输合同的内容不一致时，应以运输合同为准。

（2）提单是承运人出具的接收货物的收据

提单是在托运人将货物交给承运人，承运人收到货物或把货物装船之后向托运人签发的。提单的正面记载了许多收据性文字，如货物的数量或者重量、货物的表面状况、货物的主要标志等内容。承运人签发提单，就意味着一定数量、品质和条件的货物已装上船，或者在其保管下，等待装运。因此，可以说提单是承运人出具的接收货物的收据。

作为承运人收到货物的证明，提单有两层含义：其一，当提单在托运人手中时，它是承运人按照提单所载状况收到货物的初步证据。如果承运人实际收到的货物与提单上的内



容不符, 承运人可以提出反证, 证明货物的缺陷在装船时就已存在, 或者证明货物的缺陷是由托运人的欺诈行为所致。其二, 当提单在受让人手中时, 它是承运人收到货物的终局性证据。这是因为提单的受让人在购买提单时并没有机会去检查实际装船或交给承运人的货物, 只能全凭信赖承运人在提单中所承认的事项行事。所以, 承运人不仅有责任按照提单中所列的数量或表面良好的状况向收货人交货, 而且不得以提单中的“承运人对货物数量、重量、件数、表面状况未详”或“托运人装船并点数”等“未知条款”来对抗任何善意受让提单的第三人(包括收货人)。

(3) 提单是承运人凭以交付货物的具有物权特性的凭证

提单的主要目的是使提单的持有人能够在货物运输过程中通过处分提单来处理提单项下的货物。提单签发后, 货物的控制权即与提单紧密联系在一起。一般情况下, 只有持有提单才能控制货物, 谁持有提单, 谁就有权要求承运人交付提单项下的货物。提单的物权凭证的特性是国际贸易流通环节的需要。提单的物权凭证特性决定了提单可以在一定的条件下转让、抵押、结汇。按商业惯例, 占有提单, 在许多方面就等于占有货物, 而提单的转让通常具有与交货本身同样的效果。提单的转让就表明了货物所有权的转让, 提单的持有人就是货物的所有人。承运人有责任把提单项下的货物交给提单持有人。承运人必须凭正本提单交付货物, 副本提单不是物权凭证。如果承运人将货物交给非提单持有人, 则其应承担因此产生的赔偿责任。

4. 提单的种类

(1) 根据提单上有无货物状况不良的批注, 可将提单分为清洁提单和不清洁提单

清洁提单(Clean B/L)是指承运人对货物的表面状况未加批注的提单。这种提单表明, 货物是在表面状况良好的条件下装船的。在国际货物买卖合同中, 一般都规定卖方必须提供已装船的清洁提单。

不清洁提单(Unclean B/L)是指承运人对货物表面状况加有不良批注的提单, 也称有批注提单。这种提单表明, 货物是在表面状况不良的条件下装船的。如果货物包装表面有瑕疵, 如“包装不固”、“沾有油污”等, 承运人在提单上已注明, 货物一旦因此受损, 承运人可不承担责任或减轻责任。

(2) 根据提单上收货人抬头, 可将提单分为记名提单、不记名提单和指示提单

记名提单(Straight B/L)是指提单的抬头中写明了收货人的名称, 即提单托运人指定特定人为收货人的提单。记名提单只能由指定的收货人提货, 不能通过背书方式转让。记名提单一般用于运送贵重物品, 如金银、珠宝等。

不记名提单(Bearer B/L)是指提单正面没有载明收货人名称, 即不填写收货人具体名称或者仅填写“交与持票人”字样。谁持有这种提单, 谁就可以向承运人提取货物。不记名提单的转让手续十分简便, 无须背书, 只要将提单交付给受让人即可。但这种提单在流通过程中风险较大, 因此, 在实践中很少被使用。



指示提单（Order B/L）是指在提单上收货人一栏内载明“由某人指示”（Order）或“凭指示”（To Order）字样。前者称为记名指示提单，承运人应按记名的指示人的指示交付货物；后者为不记名指示提单，承运人按托运人的指示交付货物。指示提单的收货人是不确定的，还需要物权人以背书的方式确定收货人。该种提单可以通过背书转让，其好处是既能流通转让，又可控制提单流向，在国际贸易中应用广泛。

（3）根据货物是否已装船，可将提单分为已装船提单和备运提单

已装船提单（Shipped B/L 或 On Shipped B/L）是指货物已经装船后，承运人签发给托运人的提单。承运人一旦签发这种提单，即表明承运人承认货物已装船。已装船提单对收货人按时收货比较有保障。所以，在买卖合同中，通常规定卖方须向买方提供已装船提单。

备运提单也称收货待运提单（Received for Shipped B/L），是指承运人在收到货物但尚未把货物装上船之前签发给托运人的一种提单。备运提单对货物将来何时装运没有保障，所以买方一般不愿意接受这种提单。目前，由于集装箱运输的发展，备运提单也在增加。

备运提单可以改变为已装船提单，其做法是：当承运人已签发备运提单后，如果他已经把货物装上船只，则承运人可以在提单的正面加注“已装船”字样和装船日期，并在上面签字，这样就可以使备运提单成为已装船提单。

（4）根据运输方式，可将提单分为直达提单、转船提单、联运提单

直达提单（Direct B/L）是指中途不需转船，直接将货物运到目的地的提单。

转船提单（Transshipment B/L）是指当货物的运输不是由一条船直接运到目的港，而是在中途需转换另一条船运往目的港时，船方签发的全程提单。这种提单往往由第一程船的承运人签发，第二程船名不记载，只写“在某某港转船”字样。转船提单的中途港名称应填写在卸货港一栏，目的港名称则应载于最后卸货港一栏中。银行只有在信用证中规定可接受转船提单时，其才接受这种提单。

联运提单是依联运合同签发的提单，分为海上联运提单（Ocean Through B/L）和多式联运提单（Combined Transport B/L）。海上联运提单指在一条以上船舶进行海上运输的情况下签发的提单，实际就是转船提单。多式联运提单是以两种或者多种运输方式从一地运至另一地而签发的提单。多式联运提单的签发人是多式联运经营人。这种提单多用于国际集装箱货物运输。

（5）根据是否已付运费，可将提单分为运费预付提单和运费到付提单

运费预付提单指载明托运人在装货港已向承运人支付运费的提单。这种提单应注明“运费已付”的字样。在签发运费预付提单的情况下，货物灭失，运费也不退还。运费到付提单指载明收货人在目的港提货时向承运人支付运费的提单。这种提单应注明“运费到付”字样。在运费到付的情况下，如收货人拒付运费，承运人可对货物行使留置权。

（6）特殊提单

倒签提单（Anti-Dated B/L）是指货物装船后签发的、以早于货物实际装船日期为签发



日期的提单。一般情况下,在国际货物买卖合同中规定货物的装船日期,提单的签发日期是货物装船日期的证明。使用信用证结算时,信用证上也规定有货物的装船日期。当货物的实际装船日期晚于合同和信用证规定的日期时,卖方(托运人)为了能使交易顺利进行,顺利结汇,常出具保函,要求承运人倒签提单。显然,倒签提单是托运人和承运人合谋的欺诈行为,是违法的,承运人要对收货人负侵权损害赔偿责任。

预借提单(Advanced B/L)是指在货物尚未装船或尚未完全装船的情况下签发的“货物已装船”的提单。这种提单通常是在信用证规定的装船日期和交单结汇日期行将届满时,承运人应托运人的要求签发的。同倒签提单相比,预借提单隐瞒了货物迟交或未交的真相,是更严重的违法行为。承运人也会因预借提单承担很大的风险。

8.1.3 租船合同

租船合同简称租约(Charter Party),是指出租人与承租人之间订立的,船舶出租人按一定条件将船舶的全部或部分租给承租人进行运输,由承租人向出租人支付使用费的协议。

租船合同不受《海牙规则》的制约,主要由各国有关国内法调整。合同的内容可以由出租人与承租人双方自由协商。但对于《海牙规则》的成员国来说,对租船合同项下签发的提单,应适用《海牙规则》的有关规定。租船合同的运输方式占世界海运货量的大部分,在海上货物运输中的作用是非常重要的。租船合同发展到近代已经高度标准化了。按照船舶租用方式的不同,租船合同主要有三种类型:航次租船合同(Voyage Charter Party)、定期租船合同(Time Charter Party)和光船租船合同(Bareboat Charter Party)。

1. 航次租船合同

航次租船合同又称程租合同,是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位,装运约定的货物,从一港口运往另一港口,由承租人支付约定运费的合同。在航次租船合同中,出租人一般是货物的承运人,而承租人则是货物的托运人或托运人的代理人。航次租船合同的具体特点如下:

- 出租人负责船舶营运并负担营运费用;
- 出租人必须提供适航船舶并对货物负责;
- 运输的标的物一般为大宗货物;
- 约定货物的装卸时间和期限,并规定滞期费和速遣费。

航次租船合同比较复杂,一般以标准格式出现。常见的航次租船合同有波罗的海国际航运公会制定的《统一杂货租船合同》(Uniform General Charter),简称“金康”合同(GENCON);《北美谷物租船合同》(North American Grain Charter Party),简称“NORGRAIN”;《澳大利亚谷物租船合同》(Australian Grain Charter Party),简称“AUSTWHEAT”;《油轮航次租船合同》(Tanker Voyage Charter Party),简称“ASBATANKVOY”。该格式由美国船舶经纪人和代理人协会(Association of Ship Brokers and Agency)等制定。其中“金康”合



同应用最为广泛。“金康”合同主要包括的条款有：船舶说明条款、预备航次条款、货物说明条款、提单条款、装卸条款、运费条款、滞期费和速遣费条款、留置权条款、绕航条款、互有责任碰撞条款、共同海损条款、罢工条款、战争条款、冰冻条款、仲裁条款等。

2. 定期租船合同

定期租船合同是指由船舶出租人向承租人提供约定的、由出租人配备船舶船员，由承租人在约定的期限内按约定的用途使用，并支付租金的合同。定期租船合同主要有以下特点：

- 出租人提供具备约定性能的船舶，配备船长和船员，负责船长和船员的工资和伙食及内部管理事务；
- 承租人负责船舶调度和营运，并负担船舶的燃料、物料、淡水、港口的适用和货物的装卸等营运费用；
- 承租人只能在约定用途和航行区域内使用船舶；
- 租金按租用船舶的时间长短来计算，不管船舶有无使用；
- 定期租船合同的出租人一般不是货物的承运人，承租人则常常为承运人；

关于定期租船合同的性质，有人认为，定期租船合同是财产租赁合同；也有人认为，定期租船合同具有财产租赁合同和运输合同双重性质。在定期租船合同下，承租人在约定的租期内取得对船舶的调度权和使用权，在标的物的使用上，定期租船合同与财产租赁合同有一定相似之处。在绝大多数情况下，承租人是为了承运第三者的货物，而且定期租船合同主要是关于货物运输的规定，这具有运输合同的某些特征。

与航次租船合同一样，定期租船合同也有各式标准合同，常用的有：《统一定期租船合同》（Uniform Time Charter），由波罗的海国际航运工会于1909年制定，此后经多次修改，最近一次修改为2001年；纽约土产交易所制定的《纽约土产定期租船合同》（New York Produce Exchange, NYPE）；中国租船公司制定的《期租合同》（简称SINOTIME1980）。根据以上标准定期租船合同，特别是“NYPE”，定期租船合同的主要条款有：船舶说明条款、租期条款、交船条款、航区条款、供给分担条款、货物限定条款、租金支付条款、停租条款、转租条款、承租人指示条款、留置权条款、还船条款等。除上述主要条款外，定期租船合同中通常还包括管辖条款、互有责任碰撞条款、共同海损条款等。

3. 光船租船合同

光船租船合同，是指船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶，在约定的期间内，光船由承租人占有、使用和营运，并由承租人向出租人支付租金的合同。

与其他两种租船合同不同，光船租船合同具有财产租赁合同性质，而不属于真正的运输合同。光船租船合同通常是在格式合同基础上达成的。目前国际上使用比较广泛的光船租船合同格式是波罗的海航运公会于1974年制定的《标准光船租赁合同》（Standard Bareboat Charter），简称“贝尔康”（BARECON）合同。光船租船合同的具体条款可以由



双方当事人自行商定。我国海商法第145条规定：“光船租船合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间、地点以及条件、船舶检验、船舶的保养维修、租金及其支付、船舶保险、合同解除的时间和条件，以及其他有关事项。”

8.2 国际航空货物运输法

8.2.1 有关国际航空货物运输的国际公约

关于航空运输的国际公约主要有以《华沙公约》为基础的华沙系和《蒙特利尔公约1999》。

(1) 以《华沙公约》为基础的华沙系

国际航空运输的华沙系体制以《华沙公约》为核心条约，包括后来对其修改的多项议定书（1955年9月订于海牙的《海牙议定书》、1961年9月订于瓜达拉哈拉的《瓜达拉哈拉公约》、1971年3月订于危地马拉城的《危地马拉城议定书》、1975年9月25日于蒙特利尔达成并实施的4个对1929年《华沙公约》修改的议定书和附加议定书）。《华沙公约》即1929年10月12日在华沙签订的《统一国际航空运输某些规则的公约》（Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air），公约规定了航空承运人和货方的基本权利和义务，共5章41条，是在国际航空运输领域有过重要影响的国际公约。该公约于1933年2月开始生效，迄今为止，已有130多个国家和地区加入了该公约。我国于1958年7月20日加入该公约，同年10月18日对我国生效。《海牙议定书》是1955年9月28日《华沙公约》成员国外交代表在海牙对1929年10月订立的华沙公约进行的修改，称为《1955年在海牙修改华沙公约的议定书》，简称《海牙议定书》。1975年10月15日，该议定书对我国生效。《海牙议定书》主要在航行过失免责、责任限制以及索赔期限等问题上对《华沙公约》做了较大的修改。《海牙议定书》的适用范围比《华沙公约》更为广泛：无论是连续运输还是非连续运输，无论有无转运，只要起运地和目的地在两个成员国的领域内，或者在一个成员国领域内而在另一个成员国或非成员国的领域内有一定的经停地点的任何航线。《瓜达拉哈拉公约》（Guadalajara Convention）是1961年9月18日，各国外交代表在墨西哥的瓜达拉哈拉签订了《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则的公约》，简称《瓜达拉哈拉公约》。该公约主要是为补充《华沙公约》而订立的，于1964年5月1日生效。该公约把《华沙公约》中有关承运人的各项规定扩及到非合同承运人，即根据与托运人订立航空运输合同的承运人的授权来办理全部或部分国际航空运输的实际承运人。

(2) 《蒙特利尔公约1999》

《蒙特利尔公约1999》[新的《1999年统一国际航空运输某些规则的公约》（Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air 1999）]，是国际民航组织



于1999年5月10日至28日在加拿大的蒙特利尔制定的。目的在于确保国际航空运输消费者的利益，对在国际航空运输中旅客的人身伤亡或行李损失，或者运输货物的损失，在恢复性赔偿原则基础上建立公平赔偿的规范体系。国际民航组织在华沙公约中的某些规定已显陈旧，而且相关修订文件数量较多的背景下，为了使华沙公约及其相关文件现代化和一体化，将复杂和业已破碎的原“华沙体系”合并为一个法律文本，从而为航空事故的赔偿、国际航空运输业各方的利益平衡和健康有序的竞争提供了通行性法律标准。蒙特利尔公约共有7章57条，规定了国际航空承运人应当对旅客的人身伤亡、行李和货物损失，以及由于延误造成旅客、行李或货物的损失承担的责任和赔偿。目前，公约有100多个当事国，是较完善的统一国际航空运输规则的国际公约。我国于2005年6月1日批准了该公约，公约自2005年7月31日起对我国生效。



提示 航空运输速度快，货物受损率小。对于某些急需物资、鲜活商品及贵重和易损物品来说，国际航空运输是最佳的运输方式。

《蒙特利尔公约1999》第24条规定，责任限额由公约保存人（国际民航组织）在公约生效后每隔五年复审一次，并在复审结果表明通货膨胀超过10%时，修改责任限额，当通货膨胀超过30%时，则自动进行复审程序。国际民航组织于2009年进行了最新一轮复审。

8.2.2 国际航空货物运输单据

《蒙特利尔公约1999》第11条规定，航空货运单或者货物收据是订立合同、接收货物和运输条件的初步证据。与可转让提单不同，航空货运单是运输合同的证明和接收货物的收据，但它不是货物所有权的凭证，一般不能转让。收货人凭承运人的到货通知单及有关证明提取货物。

《华沙公约》规定，航空货运单应包括以下内容：① 航空货运单填写的地点和日期；② 起运地和目的地；③ 约定的经停地点；④ 托运人的名称和地址；⑤ 第一承运人的名称和地址；⑥ 收货人的名称和地址；⑦ 货物的性质；⑧ 货物的包装件数、包装方式、特殊标志或号码；⑨ 货物的重量、数量、体积或尺寸；⑩ 如果运费已经议定，应写明运费金额、付费日期和地点以及付款人；⑪ 如果是货到付款，应写明货物的价格，必要时还应写明应付的费用；⑫ 货物和包装的外表情况；⑬ 声明的货物价值；⑭ 航空货运单的份数；⑮ 随同航空货运单交给承运人的凭证；⑯ 经过约定写明运输期限，并概要说明经过的路线；⑰ 一项运输应受公约有关责任规则约束的声明。

《蒙特利尔公约1999》第5条仅规定航空货运单或货物收据的内容应当包括：① 对出发地点和目的地点的标示；② 对货物重量的标示。

航空货运单不同于海运提单，它不是货物所有权的凭证。空运的速度很快，通常在托运人把托运单送交收货人之前，货物就已经运到目的地，这在很大程度上排除了通过转让



装运单据来转让货物的需要。因此,虽然公约并不妨碍签发可转让的空运托运单,但在实际业务中,空运单据一般都印有“不可转让”的字样。货物运抵目的地后,收货人凭承运人的到货通知及有关证明提货,提货时在随货运到的航空货运单上签收,而不要求收货人凭航空货运单提货。

8.2.3 托运人和收货人的基本权利与义务

1. 托运人的基本权利和义务

《蒙特利尔公约 1999》第 10 条规定,托运人或其代理人对航空货运单上载入的关于货物的各项说明和陈述的正确性,或者对托运人或其代理人提供给承运人载入货物收据关于货物的各项说明和陈述的正确性应当负责,对因托运人或其代理人所提供的各项说明和陈述不符合规定、不正确或者不完全,给承运人或者承运人对之负责的任何其他人造成的一切损失,托运人应当对承运人承担赔偿责任。托运人必须提供必需的资料和文件,以便在货物可交付收货人前完成海关、警察或者任何其他公共当局的手续。因没有此种资料、文件,或者此种资料、文件不充足或者不符合规定而引起的损失,托运人应当对承运人承担责任。

《蒙特利尔公约 1999》第 12 条规定,托运人在负责履行运输合同规定的全部义务的条件下,有权对货物进行处置,即可以在出发地机场或者目的地机场将货物提回,或者在途中经停时中止运输,或者要求在目的地点或者途中将货物交给非原指定的收货人,或者要求将货物运回出发地机场。托运人不得因行使此种处置权而使承运人或者其他托运人遭受损失,并必须偿付因行使此种权利而产生的费用。托运人的指示不可能执行的,承运人必须立即通知托运人。承运人按照托运人的指示处置货物,没有要求出示托运人所收执的那份航空货运单或者货物收据,给该份航空货运单或者货物收据的合法持有人造成损失的,承运人应当承担责任,但是不妨碍承运人对托运人的追偿权。

2. 收货人的基本权利和义务

《蒙特利尔公约 1999》规定,收货人于货物到达目的地,并在缴付应付款项和履行运输条件后,有权要求承运人向其交付货物;除另有约定外,承运人应当负责在货物到达后立即通知收货人;承运人承认货物已经遗失,或者货物在应当到达之日起七日后仍未到达的,收货人有权向承运人行使运输合同所赋予的权利。

8.2.4 承运人的主要责任与责任限额

1. 承运人的主要责任

《蒙特利尔公约 1999》规定,承运人对在其保管期间内航空货运单项下货物的毁灭、遗失、损坏或延误交付而造成的损失负责。该公约规定,在下列情况下,承运人可以免除或减轻责任。

- 货物的固有缺陷、质量或者瑕疵;



- 承运人或者其受雇人、代理人以外的人包装货物的，货物包装不良；
- 战争行为或者武装冲突；
- 公共当局实施的与货物入境、出境或者过境有关的行为。

旅客、行李或者货物在航空运输中因延误引起的损失，承运人应当承担责任。但是，承运人证明本人及其受雇人和代理人为了避免损失的发生，已经采取一切可合理要求的措施或者不可能采取此种措施的，承运人不对因延误引起的损失承担责任。

经承运人证明，损失是由索赔人或者索赔人从其取得权利的人的过失或者其他不当作为、不作为造成或者促成的，应当根据造成或者促成此种损失的过失或者其他不当作为、不作为的程度，相应全部或者部分免除承运人对索赔人的责任。旅客以外的其他人就旅客死亡或者伤害提出赔偿请求的，经承运人证明，损失是旅客本人的过失或者其他不当作为、不作为造成或者促成的，同样应当根据造成或者促成此种损失的过失或者其他不当作为、不作为的程度，相应全部或者部分免除承运人的责任。

2. 承运人的责任限额

在国际航空货物运输中，承运人一般是空运责任人。空运责任人的责任限额，是指国际航空货物运输中承运人对承运旅客、行李和货物的死亡或者伤害、灭失、损害或延迟交货而引起的损失进行赔偿的最高限额。《蒙特利尔公约 1999》规定，对每名旅客的责任限额为 113 000 特别提款权；在人员运输中延误造成损失的，承运人对每名旅客的责任以 4 150 特别提款权为限；在行李运输中造成毁灭、遗失、损坏或者延误的，承运人的责任以每名旅客 1 131 特别提款权为限；在货物运输中造成毁灭、遗失、损坏或者延误的，承运人的责任以每公斤 17 特别提款权为限。

3. 限额的复审

《蒙特利尔公约 1999》对承运人责任限额规定了自动审核修订机制，责任限额每隔五年进行一次复审，复审时应当参考与上一次修订以来累积的通货膨胀率相应的通货膨胀因素。复审结果表明通货膨胀因素已经超过 10% 的，应当将责任限额的修订通知当事国。该项修订应当在通知当事国 6 个月后生效。通货膨胀因素自上一次修订之日起已经超过 30% 的，应当在任何时候进入修订程序。其后的修订复审自本次修订后每隔五年进行一次。国际民航组织最新一次于 2009 年 12 月 30 日完成，认定的通货膨胀率为 3.1%，现行的责任限额为 2009 年修订完成的数额。2014 年是上一次修订后的第五年，国际民航组织将进行新一轮修订。

8.2.5 索赔与诉讼

《蒙特利尔公约 1999》规定，在旅客、行李和货物运输中，有关损害赔偿的诉讼，不论其根据如何，是根据本公约、根据合同、根据侵权，还是根据其他任何理由，只能依照本公约规定的条件和责任限额提起。在发生损失时，有权提取托运行李或者货物的人必须



在发现损失后立即以书面形式向承运人提出异议,并且,托运行李发生损失的,最迟自收到托运行李之日起七日内提出,货物发生损失的,最迟自收到货物之日起十四日内提出。发生延误的,必须最迟自行李或者货物交付收件人处置之日起二十一日内提出异议。如果在上述期限内没有提出异议,除非承运人有欺诈行为,否则就不能再向承运人提起诉讼。损害赔偿诉讼必须在公约的一个当事国的领土内,由原告选择,向承运人住所地、主要营业地或者订立合同的营业地的法院,或者向目的地点的法院提起。公约对诉讼时效的规定是自航空器到达目的地点之日、应当到达目的地点之日或者运输终止之日起两年期间内未提起诉讼的,丧失对损害赔偿的权利。上述期间的计算方法,依照案件受理法院的法律确定。另外,在公约范围内,允许双方当事人就货物运输订立仲裁条款,仲裁地点必须在上述所规定的法院管辖地区之内。

8.3 国际铁路货物运输法

8.3.1 国际铁路货物运输公约

国际铁路货物运输是指利用两个以上国家的铁路进行国际贸易联合运输,完成货物的全程运送。国际铁路货物运输具有速度较快、运量大、连续性强、风险小及不受气候条件影响等优点,在国际货物运输中占有重要的地位。我国和俄罗斯、蒙古国、朝鲜、越南等国的通商货物,很大一部分是通过铁路运输的。

目前,关于国际货物铁路运输的公约主要有两个:一个是由法国、德国、比利时、波兰等国于1961年在伯尔尼签订的《国际铁路货物运输公约》(简称《国际货约》)。该公约于1975年1月1日生效,后几经修改。在1980年5月9日于伯尔尼举行的第八次修订会议上,决定将《国际铁路货物运输公约》与《国际铁路旅客和行李运输公约》合并为一个公约。现已有欧洲、北非和中东的30多个国家参加了该公约。另一个是由苏联、波兰、捷克等8个国家于1951年签订的《国际铁路货物联运协定》(简称《国际货协》)。我国于1953年加入该协定。

8.3.2 运输合同和运输单据

国际铁路货物运输合同的形式是铁路当局签发的货运单。货运单及其副本由发货人填写。自始发站承运货物并在货运单上加盖发货站和发货日期戳计时起,运输合同即告成立。货运单不是货物所有权的凭证,不能转让。货运单是运输合同成立的书面证明,也是铁路承运货物的凭证,同时也是铁路在终点站向收货人核收运杂费用和点交货物的依据。货运单的正本要随货送到收货人手中,而发货人持有的运单副本,可以作为通过银行向买方结算货款的主要单证之一。



8.3.3 托运人和承运人的基本权利与义务

1. 托运人的基本权利与义务

（1）托运人的基本权利

托运人的基本权利：① 在《国际货协》允许的范围内有权对运输合同做必要的更改，如变更到达站、变更收货人等。但是，托运人只能变更一次运输合同，并且因此而引起的费用由要求变更的一方当事人承担。② 当货运单项下的货物毁损时，收货人可以拒收货物，并可按规定向承运人提出索赔。

（2）托运人的基本义务

托运人既可指发货人，亦可指收货人；有时发货人和收货人均为托运人。托运人承担以下基本义务：① 发货人应对其在货运单中所填报和声明的事项的准确性负责。② 发货人必须递交货物在运送途中为履行海关和其他规章所需的添附文件。③ 发货人或收货人应支付运费。④ 收货人应收取货物。

2. 承运人的基本权利与义务

（1）承运人的基本权利

① 收取运送费用和其他费用；收货人非法拒绝领取货物时按规定向其收取罚款。② 铁路方面对货物有留置权。当货方无理拒付运费和其他合理费用时，铁路方面有权留置运送的货物，以保证铁路核收运输合同项下的一切费用。留置权的效力应根据货物交付地的国家的法令和规定来确定。③ 在如下情况下，铁路方面有权拒绝发货人变更运输合同或延缓执行这种变更：与参加运送的铁路所属国家现行法令和规定有抵触时；违反铁路营运管理时；在变更到站的情况下，货物的价值不能抵偿运到新指定的到达站的一切费用时，但能立即支付或能保证支付这项变更费用的除外。④ 铁路有权检查发货人在运单中所记载的事项是否正确。如果所记载的或声明的事项不正确、不准确或不完全，铁路有权核收罚款。⑤ 按规定，对由于以下原因造成货物灭失、毁坏和短量时，免除承运人的责任：铁路方不能预防和不能消除的情况；由于货物的特殊自然性质，以致引起的自燃、损坏、生锈、内部腐坏及类似结果；由于发货人或收货人的过失或由于其要求，而不能归咎于铁路方；由于发货人或收货人装车或卸车的原因所造成；由于始发站规章许可，使用敞车类货车运送货物；由于发货人或收货人的货物押送人未采取保证货物完整的必要措施；由于容器或包装的缺点，在承运时无法从其外部发现；发货人使用不正确、不确切或不完全的名称托运违禁品；由于发货人在托运应按特定条件承运的货物时，使用不正确、不确切或不完全的名称，或者未按《国际货协》的规定办理；货物在规定标准内的途耗。

（2）承运人的基本义务

① 承运人应将货运单项下的货物运至到达站，交付给收货人。② 按货运单承运的各铁路方应对货物负连带责任。③ 应妥善保管发货人在货运单内所记载并添附的文件。④ 在自签发运单时起至交付货物时止的责任期间内，对货物因逾期运到，以及因货物全部或部



分灭失或毁损所造成的损失, 负赔偿责任。

8.3.4 索赔与诉讼

发货人和收货人根据运输合同提出赔偿请求时, 应附有货运单或其副本或添附其他相应的证明文件, 并注明具体的赔偿金额, 由发货人以书面形式向发送站提出, 或者由收货人向到达站提出。

当事人在向铁路提出赔偿请求时, 应按下列规定方法办理: ① 货物全部灭失时, 由发货人提出, 同时须提出运单副本; 或者由收货人提出, 同时须提出运单副本或运单。② 货物部分灭失、毁损或腐坏时, 由发货人或收货人提出, 同时须提出运单和铁路在到达站交给收货人的商务记录。③ 货物运到逾期时, 由收货人提出, 同时还须提出运单。④ 多收运送费用时, 由发货人按其已交付的款额提出, 同时还须提出运单副本或发送站国内规章规定的其他文件; 或由收货人按其所交付的运费提出, 同时须提出运单。

自当事人提出赔偿请求之日起, 铁路须在 180 日内审查这项请求, 并给予答复。铁路不做答复的, 有权提出索赔的人才可以提起诉讼。诉讼只能向受理索赔请求的发送站或到达站所在国有管辖权的法院提起。

因诉讼时效对有关当事人诉权的行使关系重大, 故《国际货协》对此做了比较详细的规定, 其主要内容是: 发货人或收货人依据运输合同向铁路方提出赔偿请求和诉讼以及铁路方对发货人和收货人关于支付运费、罚款和赔偿损失的要求和诉讼, 应在 9 个月内提出; 但关于货物逾期运到的赔偿请求和诉讼, 应在 2 个月内提出。具体诉讼时效起算日如下, ① 关于货物毁损或部分灭失以及逾期运到的赔偿, 自货物交付之日起算。② 关于货物全部灭失的赔偿, 自货物运到期限期满后 30 日起算。③ 关于补充运费、杂费、罚款的要求, 或关于退还这项款额的赔偿请求, 或关于纠正错算运费的要求, 应自付款之日起计算; 如未付款, 应自交货之日起算。④ 关于支付变卖货物的余款的要求, 自变卖货物之日起算。⑤ 在其他情况下, 自确定赔偿请求成立之日起算。

当发货人或收货人向铁路提出赔偿请求时, 时效期间即行终止。凡时效期间已过的赔偿请求和要求, 不得以诉讼形式提出。

8.4 国际货物多式联合运输法

8.4.1 国际货物多式联运概述

国际货物多式联运 (International Multimode Transport of Goods) 是指多式联运经营人按照多式联运合同, 安排两种以上的运输方式, 将货物从一国指定地点运到另一国指定地点的运输。

不同国家的两地间很少单纯靠海运、陆运或空运中的一种方式直通。实际上, 将货物



从一国的某地运往他国的另一地，在很多场合下，需要海陆联运、海空联运、陆空联运或海陆空联运才能完成。这样，若货物的卖方或买方单独同海运、陆运或空运承运人分别订立运输合同，则既费时又费力。为解决这个问题，国际运输界便创立了将几种不同运输方式结合起来的新的运输方式——国际货物多式联运，而集装箱这一新型包装方式的采用又使多式联运的高效和安全更多地成为现实。

8.4.2 国际货物多式联运的国际公约

1965年，国际海事协商委员会和国际统一私法协会开始草拟有关国际货物多式联运的公约，并于1971年完成《货物联运公约（草案）》，但由于其内容过分偏袒发达国家联运经营人的利益，因而遭到了发展中国家的抵制。1972年，联合国经济及社会理事会第53届会议上做出了不讨论这个公约草案的决定。后来，此类公约的起草工作又由联合国贸发会主持。经过数年的努力，在1980年召开的日内瓦会议上，《联合国国际货物多式联运公约》（简称《多式联运公约》）被一致通过，共有67个国家在会议最后文件上签字。我国代表团参加了该公约的起草工作，并在最后文件上签了字。该公约规定，公约在30个国家正式批准或参加后12个月生效，目前其尚未生效。

1973年，国际商会制定了《联运单证统一规则》，并于1975年修订后颁布。该规则后来成为各国联运经营人制定联合运输提单的蓝本。《联运单证统一规则》虽不是强制性的公约，而只是供当事人选用的国际商务惯例，但对这一领域法律制度的统一起到了一定的作用。

鉴于《多式联运公约》迟迟未能生效，联合国贸发会与国际商会协商于1991年制定了《多式联运单证规则》，该规则于1992年公布。当事人以书面、口头或其他方式将《多式联运单证规则》纳入运输合同之后，该规则便适用该合同。

8.4.3 国际货物多式联运合同及运输单据

1. 国际货物多式联运合同

多式联运合同是指多式联运经营人凭以收取运费负责完成或组织完成国际多式联运的合同。多式联运合同的订约双方，一方称为发货人，另一方称为多式联运经营人。在单一运输方式下，发货人和承运人的合同关系是比较明确的。对此，《多式联运公约》、《联运单证统一规则》及《多式联运单证规则》均规定，联运经营人是与发货人订立联运合同的当事人，他不是发货人的代理人或代表，也不是实际承运人的代理人或代表，他有履行整个联运合同的责任，即联运经营人应对联运全程负责，而不能以其已把全程的某一区段委托给其他实际承运人运输为由而不负责任。

2. 国际货物多式联运单据

多式联运经营人或其代理人收到货物后，应签发多式联运单据给发货人。多式联运单据的作用与海运提单相似，既是接收货物的收据，也是运输合同的证明。而且，多式联运



单据可以是不可转让的,也可以是可转让的,这由发货人选择。可转让的多式联运单据可背书转让或交付转让,具有所有权凭证的作用,收货人提货时需提交此单据。不可转让的多式联运单据,应指明记名的收货人。

通常情况下,多式联运单据应载明 15 项内容:① 货物品类、标志、危险特征的声明、包数或件数、毛重;② 货物的外部状况;③ 多式联运经营人名称与主要营业地;④ 发货人名称;⑤ 收货人名称;⑥ 多式联运经营人接管货物的时间、地点;⑦ 交货地点;⑧ 交货日期或期间;⑨ 联运单据可转让或不可转让的声明;⑩ 联运单据签发的时间、地点;⑪ 联运单据经营人或其授权人的签字;⑫ 每种运输方式的运费,用于支付的货币、运费,由收货人支付的声明等;⑬ 航线、转运方式和转运地点;⑭ 关于多式联运遵守《多式联运公约》规定的声明;⑮ 双方商定的其他事项。如果单据中缺少上述事项中的一项或数项,这并不影响该单据作为多式联运单据的法律性质。

8.4.4 多式联运经营人的责任制度

1. 责任划分

《多式联运公约》实行的是联运经营人的全程统一责任制,即自其接管货物之日起,到交付货物时为止的整个期间,不论损害发生在哪个运输区段,多式联运经营人应按公约规定的统一的原则和限额进行赔偿。联运经营人向货主赔偿后,再与其他实际承运人解决责任分担问题。实行统一责任制对货主是有利的,但是容易产生联运经营人与其他实际承运人在运输责任方面的矛盾,因而遭到联运经营人的反对。

2. 责任基础

《多式联运公约》对联运经营人的赔偿责任采取推定过失责任制,即除非联运经营人能证明他和他的受雇人或者代理人为了避免损失事故的发生及其后果已经采取了一切合理的措施,否则就推定联运经营人有疏忽或过失,联运经营人就应对货物在其掌管期间所发生的灭失、损坏或延迟交货负赔偿责任。

3. 责任限额

多式联运经营人对货物的灭失或损坏的赔偿责任,限制为每件或其他每个货运单位不超过 920 特别提款权,或者按毛重每公斤不超过 2.75 特别提款权,以较高者为准。如果一项国际多式联运合同不包括海上或内河运输,则多式联运经营人的赔偿责任的最高限额为按损坏货物毛重每公斤 8.33 特别提款权。这是因为空运承运人和铁路、公路承运人对货损的赔偿责任应当高于海运承运人的责任限额。

8.4.5 发货人的主要责任

1. 保证责任

在多式联运经营人接管货物时,发货人应视为已向多式联运经营人保证他在联运单据中所提供的货物品类、标志、件数、重量、数量及危险特性的陈述的准确无误;并应对违



反这项保证造成的损失负赔偿责任。

2. 过失责任

如果多式联运经营人遭受的损失是由于发货人或其受雇人或代理人在受雇范围内行事时的过失所造成的，则发货人应对这种损失负赔偿责任。

3. 运送危险品的特殊规则

发货人将危险品交付给多式联运经营人或其代理人时，应告知其货物的危险特性及应采取的措施。如果发货人未告知，而多式联运经营人又无从得知货物的危险特性，则发货人对由于运载危险品而遭受的一切损失负赔偿责任。

8.4.6 索赔与诉讼

1. 收货人向联运经营人索赔

当货物发生灭失或损坏时，收货人应在收货的次一工作日将货损、灭失的情况书面通知多式联运经营人；如果货损或灭失不明显，则收货人在收货后连续 6 日内提出书面通知。否则，承运人的交货行为就被视为按合同交货的初步证据。如果货物的状况在交付收货人时已经当事各方联合检验，则无须就检验所证实的灭失或损坏情况向联运经营人送交书面通知。

对于延迟交货所造成的损失，必须在货物交付收货人之日起 60 日内，向多式联运经营人送交书面通知，否则，联运经营人对延迟交货所造成的损失可不予赔偿。

2. 联运经营人向发货人索赔

如果由于发货人或其受雇人的过失或疏忽而给联运经营人造成损失，联运经营人应在损失发生之日起 90 日内，或在交货之日起 90 日内，以较迟者为准，将损失通知送交发货人，否则，未送交这种通知即作为联运经营人未遭受损失的初步证据。

3. 诉讼时效

有关国际多式联运的任何诉讼，其诉讼时效为两年，自货物交付之日的次一日起算；如果货物未交付，则自货物应当交付之日的次一日起算。

值得注意的是，《多式联运公约》将提出索赔通知与时效问题联系在一起，规定在货物交付之日后 6 个月内，或于货物未交付时，在应当交付之日起 6 个月内，如果没有提出书面索赔通知说明索赔的限制和主要事项，则在此期限届满后即失去诉讼时效。

本章小结

国际海上货物运输合同是指托运人收取运费，负责将托运人的货物经海路由一国的港口运至另一国港口的合同。

国际海上货物运输分为班轮运输和租船运输。班轮运输是指承运人接受众多托运人的



托运,将属于不同托运人的多批货物装于同一船舶,按照预先规定的时间表,在固定的航线和港口之间往返,并由船方负责装卸,按固定费率收取运费的运输方式。租船运输是指通过包租整条船、船的一部分或者指定舱位进行海上运输的一种方式。

提单是国际海上货物运输中最重要的单据。提单是海上货物运输合同的证明,是承运人出具的接收货物的收据,是承运人凭以交付货物的具有物权特性的凭证。

国际上调整提单运输的公约有:《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》、《国际海事委员会电子提单规则》和《鹿特丹规则》,其中《国际海事委员会电子提单规则》属民间规则,《鹿特丹规则》目前尚未生效。

租船合同是指出租人与承租人之间订立的、船舶出租人按一定条件将船舶的全部或部分租给承租人进行运输,由承租人向出租人支付使用费的协议。主要有航次租船合同、定期租船合同和光船租船合同三种。

关于航空运输的国际公约主要有以《华沙公约》为基础的华沙系和《蒙特利尔公约1999》。

国际铁路货物运输是指利用两个以上国家的铁路进行国际贸易联合运输,完成货物的全程运送。国际铁路货物运输具有速度较快、运量大、连续性强、风险小及不受气候条件影响等优点。关于国际货物铁路运输的公约主要有《国际铁路货物运输公约》和《国际铁路货物联运协定》。

国际货物多式联运是指多式联运经营人按照多式联运合同,安排两种以上的运输方式,将货物从一国指定地点运到另一国指定地点的运输。

复习思考题

1. 国际海上货物运输的种类有哪些?
2. 根据不同的标准,提单有哪些分类?
3. 什么是租船公司?租船合同分为哪几类,各有什么特点?
4. 有关国际航空货物运输的国际公约有哪些?
5. 什么是国际货物多式联运?关于国际货物多式联运的国际公约有哪些?



引导案例

代理进口协议争议仲裁案

【案情介绍】

某年4月28日,甲公司与乙公司签订《代理进口协议》,约定甲公司作为乙公司的进口代理商,办理进口许可证、许可证明,协助乙公司对外汇付款或开立信用证并付汇赎单等,货款支付方式为乙公司甲公司对外汇付货款或开立信用证,由甲公司先行垫付全部货款,待卖方丙公司确认后再由乙公司付给甲公司。同年7月10日,甲公司与丙公司及乙公司共同签订《销售合同》,同日,甲公司与乙公司签订《关于修改代理进口协议的协议》(以下简称《补充协议》),货款的支付方式修改为“乙方委托甲方对外开出信用证并办理押汇等相关事宜。其中骑马订装线设备待国外卖方丙公司确认收到信用证后,由乙方公司将全部货款支付到甲公司指定的人民币账号;无线胶装线设备待卖方丙公司确认收到信用证后七个工作日内由乙方公司将50%货款支付给甲公司指定的人民币账户,其余50%货款在第一次付款后180天内支付给甲公司”。乙公司如约将全部货款支付到甲公司指定的账号,而甲公司只将第二批货物的50%货款支付给了丙公司,丙公司遂对乙公司进行仲裁请求,于是乙公司对甲公司向中国国际贸易仲裁委员会申请仲裁。

【法律问题】

仲裁庭应裁决甲公司承担何种法律责任?

【法理分析】

作为进口代理商和受托人,甲公司对委托人乙公司负有忠实义务,在收到乙公司根据《代理进口协议》、《补充协议》向其支付的货款后,应当按照《销售合同》和信用证的规定,向丙公司支付全部货款,而实际甲公司仅向丙公司支付后50%的货款,导致丙公司提起司法程序向乙公司直接追索该笔款项,甲公司的行为已经违反了其在《代理进口协议》项下的义务,应当向乙公司承担相应的违约责任。

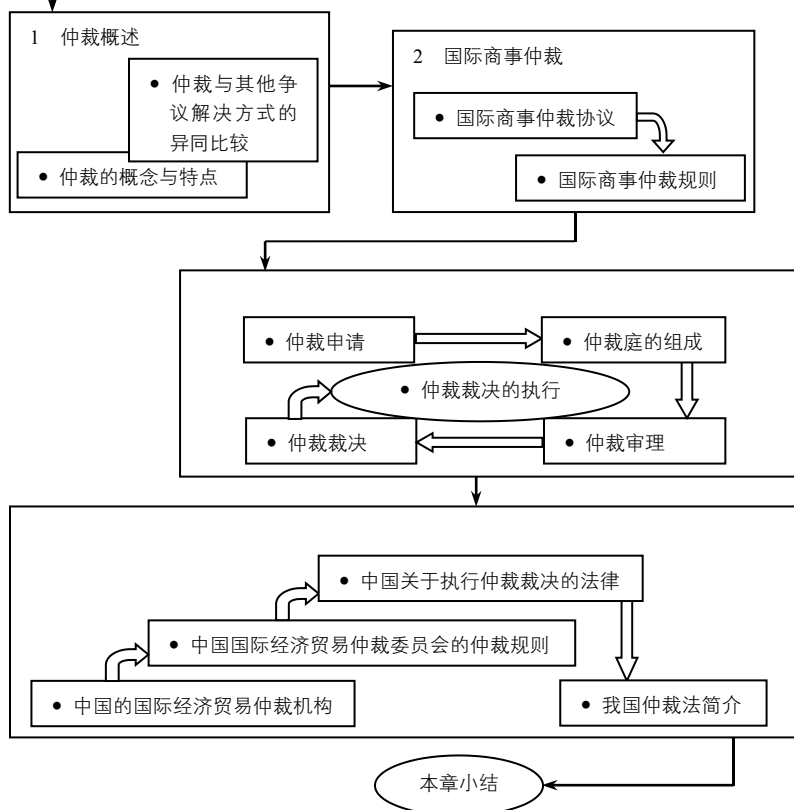


学习目标

- ◆ 素质目标: 能够把握国际商事交易中发生争议的各种关系, 以及解决国际商事争议的主要途径。
- ◆ 知识目标: 熟悉国际商事仲裁和国际商事诉讼的基本概念、法律特点及程序、制度规定, 了解世界上主要的国际商事仲裁机构及仲裁规则, 认识其适用的条件和策略。
- ◆ 技能目标: 根据解决国际商事争议途径之间的规定和区别, 能够了解解决争议不同途径之间的适用背景和选择的方法技巧。
- ◆ 能力目标: 具有根据解决国际商事纠纷的相关规定和案件特点掌握和选择适当的解决程序的能力。

学习导航

第9章 国际商事仲裁法





9.1 仲裁概述

9.1.1 仲裁的概念与特点

1. 仲裁的概念

仲裁（Arbitration）也叫作公断，是根据合同当事人事前或事后达成的仲裁协议，自愿将其争议提交仲裁机构，由仲裁机构按照一定程序进行审理并做出裁决的制度。根据适用的不同领域，仲裁可以分为如下三种类型。

（1）国际仲裁

严格意义上的国际仲裁，是指用于解决国家之间争端的仲裁，又称国家间仲裁。它是解决国际争端的方法之一，属于国际公法研究的范畴。

（2）国内仲裁

国内仲裁是一国内部的经济仲裁制度，用于解决一国国内在经济、贸易与劳动等方面所发生的争议。它属于国内程序法的研究范畴。

（3）国际商事仲裁

国际商事仲裁（International Commercial Arbitration）是指在国际经济贸易活动中，仲裁机构或仲裁员根据当事人事前或事后达成的仲裁协议和一方当事人的仲裁申请，对其争议进行仲裁审理并做出裁决的制度。



提示 国际商事争议的解决主要有三种办法：协商调解、提交仲裁与司法诉讼。前面两种办法是非司法解决，后面一种办法是司法解决。

2. 仲裁的特点

根据仲裁的基本过程，仲裁具有三个方面的性质：一是自愿性，即仲裁必须经双方当事人协商同意，否则不能提交仲裁；二是保密性，仲裁审理大多秘密进行，仲裁裁决未经当事人同意一般不得公开；三是程序简单迅速，仲裁一般比司法诉讼的时间更短、更迅速。与司法诉讼相比，仲裁具有下列特点。

（1）中立性

在跨国经济贸易的交往与合作中，不同国家的当事人往往不信任对方国家的法律与法院的公正性，都极力将争议提交本国法院，根据本国的法律解决争议，这是因为任何国家的法院在审理案件时都不能不考虑本国的政治和经济利益。仲裁可以作为双方都不愿意让步的替代办法，是中立于两国法院之外的，不受任何一国的司法制度与公共政策的影响。这样，在有关当事人看来，仲裁有利于争议的公正解决。

（2）自主性

各国的司法诉讼程序是严格规定的，当事人不能任意变动。在仲裁中，双方当事人则



可以协商确定仲裁的范围、仲裁人、仲裁地点、仲裁程序、适用的法律等，从而满足当事人的特别需要。

（3）专业性

国际经济贸易争议往往涉及许多专门性、技术性的问题，只有具有专业知识的专业人员才能解决。在司法诉讼中，法官往往不具备这些专业素质。但是，在仲裁时，当事人可以聘请有关专业的专家学者或知名人士担任仲裁人，由于他们学有所长，精通业务，因此能够准确地指出问题之所在，并且能够提出比较令人满意的解决办法，从而有利于迅速解决争议。

（4）保密性

法院一般公开审理案件，仲裁一般秘密进行。此外，法院判决可以在报纸或官方刊物上公布，仲裁裁决一般不公之于众。这样，采用仲裁办法解决有关争议，更能够满足双方当事人不愿意将其商业秘密与分歧公之于众的要求，对两者之间进行的经济贸易合作关系的损害也较小，同时也有助于提高败诉方遵守与执行裁决的自觉性。

（5）终局性

对于法院判决，如果是下级法院做出的，则不服判决的一方一般可以在法定的期限内向上一级法院提出上诉。仲裁裁决一般是终局性（Final）的，对双方均具有约束力，任何一方都不得提出上诉。



提示 由于仲裁形式比较灵活，并且具有与法院判决相同的法律效力，所以，商事争议一般都采用仲裁的方式解决。在国际货物买卖合同中，一般都包含通过仲裁解决争议的仲裁条款。

9.1.2 仲裁与其他争议解决方式的异同比较

仲裁与调解和诉讼具有相同之处，即均属于第三者解决的办法，但是，它们之间也有较大的区别。

（1）仲裁与调解的异同

仲裁与调解（Conciliation）相比，两者的相同之处在于都是以双方当事人的协议或同意为基础而进行的。两者的不同之处主要表现为：调解过程必须自始至终都需要双方当事人的同意，如果有一方不同意，调解就无法进行；仲裁则只要双方合意达成仲裁协议，就对其双方产生法律约束力，即使一方反悔，不同意仲裁，另一方仍然可以根据仲裁协议提起仲裁程序，仲裁庭就可以受理案件，进行仲裁。另外，调解人只能对当事人进行说服劝导，无权自己做出决定，经调解达成的协议，完全是基于双方当事人的相互同意；仲裁人是以裁判者的身份出现，可以独立自主地对有关争议的问题进行裁决，这种裁决不必经过双方当事人的同意，一般对双方当事人是具有约束力的。



（2）仲裁与诉讼的异同

仲裁与诉讼（Suit）相比，相同之处在于两者的处理决定均由第三者独立自主地做出，一般对当事人具有约束力。两者的不同之处主要表现在三个方面：① 法院是国家机器的重要组成部分，具有法定的管辖权，如果一方当事人向法院起诉，则一般不必根据双方当事人事先的同意或约定，有管辖权的法院有权发出传票，传唤另一方出庭。当然，如果双方订立了仲裁协议的除外。仲裁机构，尤其是国际商事仲裁机构，一般都是民间组织，没有法定的管辖权，只是根据双方当事人事先达成的仲裁协议，受理提交给它处理的案件。如果双方当事人没有订立仲裁协议，那么，任何一方或者仲裁机构都不能迫使另一方进行仲裁。② 法院受理案件的范围是由法律规定的，法院可以审判法定范围内的任何事项；仲裁的事项与范围都是双方当事人事先约定的，仲裁人不得对当事人约定范围以外的事项进行仲裁。③ 法院负责审理案件的法官由法院任命，诉讼当事人没有任意指派或选择法官的权利，法院开庭的时间、地点与程序等均由法院规定，当事人无权做出变更；在仲裁时，有关仲裁人、仲裁程序及时间与地点等，均可由双方当事人相互协商确定。

9.2 国际商事仲裁

9.2.1 国际商事仲裁协议

1. 国际商事仲裁协议的形式

仲裁协议（Arbitration Agreement）是指双方当事人表示愿意把他们之间的争议交付仲裁解决的一种书面协议。它是仲裁机构或仲裁员受理争议案件的依据。仲裁机构只受理有仲裁协议（或仲裁条款）的争议，不能受理没有仲裁协议的争议。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定，仲裁委员会根据当事人在争议发生之前或者在争议发生之后达成的仲裁协议与一方当事人的书面申请，受理有关国际经济贸易的争议案件。

仲裁协议有两种形式：一种形式是由双方当事人在争议发生之前订立的、表示愿意把将来可能发生的争议提交仲裁解决的协议。这种协议一般都包含在主合同内，作为合同的一项条款，即仲裁条款（Arbitration Clause）。另一种形式是由双方当事人在争议发生之后订立的、表示同意把已经发生的争议提交仲裁解决的协议。这是独立于主合同之外的一个单独的协议，通常称为提交仲裁的协议。根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的规定，仲裁协议包括当事人在合同中订立的仲裁条款，或者以其他方式达成的提交仲裁的书面协议，两者具有同等法律效力。只要双方当事人在合同中订立了仲裁条款，日后如果双方发生了争议，则任何一方都可以根据合同中的仲裁条款提出仲裁，双方无须另外再签订任何同意提交仲裁的协议。只有在合同中没有订立仲裁条款的情况下，双方当事人才需要在提交仲裁之前达成一项提交仲裁的协议。这与世界上大多数国家的规定是基本相同的。



2. 国际商事仲裁协议的效力

(1) 对当事人的法律效力

仲裁协议对当事人最直接的法律效力体现在: 仲裁协议一旦有效订立, 当事人就丧失了就特定争议事项向法院提起诉讼的权利, 而只能以仲裁方式解决他们之间的争议。如果一方当事人就协议规定范围内的事项向法院提起诉讼, 另一方当事人则有权依据仲裁协议要求法院终止司法程序, 把争议发还仲裁机构审理。

(2) 对仲裁员和仲裁机构的法律效力

有效的仲裁协议是仲裁员和仲裁机构受理争议案件的法律依据。仲裁协议确定了仲裁事项的范围, 当有关裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的, 或不在有关仲裁协议范围内, 或裁决有关交付仲裁范围之外的事项时, 法院可以给予要求仲裁裁决一方当事人的申请拒绝承认和执行该项裁决, 从而使仲裁员或仲裁机构的管辖权受仲裁协议所确定的仲裁范围的严格控制。

(3) 对法院的效力

仲裁协议对法院的法律效力是其最重要的法律效力的体现。仲裁协议对法院的效力主要表现在以下两个方面: ① 排除法院对争议案件的管辖权, 使仲裁员或仲裁庭取得对争议案件的管辖权。根据许多国家的法律规定, 只要双方当事人订立了仲裁协议, 他们就不能把有关争议案件提交法院处理, 如果任何一方违反仲裁协议, 将他们之间的争议向法院提起诉讼, 对方可以根据仲裁协议请求法院停止司法诉讼程序, 将有关案件发还仲裁庭审理。国际公约和世界大多数国家的仲裁法都承认仲裁协议对法院的这一效力。② 有效的仲裁协议是法院执行仲裁协议的依据。仲裁协议具有排除法院管辖权的法律效果, 但这并不意味着仲裁协议的效力完全脱离法院的管辖。如果一方当事人拒不履行仲裁裁决, 另一方当事人可向有关国家法院提交有效的仲裁协议和协议书, 申请强制执行该裁决。从另一方面而言, 无效的仲裁协议也是有关国家法院拒绝承认和执行有关仲裁裁决的理由之一。这说明, 仲裁协议在排斥法院管辖权的同时, 往往还依据法院的司法权威和保障。

3. 国际商事仲裁条款的主要内容

一般而言, 一项仲裁协议应包括仲裁地点、仲裁机构、仲裁程序和规则与仲裁裁决的效力等内容。



提示 在涉外经济合同中, 订好仲裁条款是十分重要的, 因为如果仲裁条款订得不明确或不完整, 日后一旦发生争议, 就会影响争议的解决。因此, 仲裁条款应尽可能订得明确、具体与完整。

(1) 仲裁地点

仲裁地点是指执行仲裁程序和做出裁决的所在地, 是仲裁条款的关键内容。在国际经济贸易活动中, 双方当事人分属于不同国家, 在不同的国家进行仲裁可能会对当事人的利



益产生重大的影响。根据许多国家法律的规定，仲裁地点与仲裁所适用的程序法与实体法都有密切的关系。例如，有些国家的法律规定，凡是属于程序方面的问题，原则上应适用审判地法。这就是说，仲裁要适用仲裁地的仲裁法。至于确定双方当事人的权利与义务的实体法，除双方当事人在合同中已经做出明确的选择外，仲裁员一般也要根据仲裁地所在国家的法律冲突规则确定合同的准据法。不同国家的法律对双方当事人的权利与义务的解釋不同，对案件的处理也会得出不同的结果。因此，在订立仲裁条款时，仲裁地点往往成为双方当事人争论的焦点。一般而言，当事人都会力争在自己的国家进行仲裁，因为当事人对自己国家的法律与仲裁制度比较熟悉和信任，而对外国的法律与仲裁制度往往不太了解，难免心存顾虑。在实际业务中，究竟应当规定在哪个国家或地点进行仲裁，这要取决于各种因素，不能一概而论，但主要取决于双方当事人的谈判地位、每项合同的具体情况以及法律有无强制性规定等。

中国企业在订立涉外经济合同时，对仲裁地点主要采取以下三种规定办法：① 中国大多数涉外经济合同明确规定在中国仲裁，由中国国际经济贸易仲裁委员会或海事仲裁委员会进行仲裁。② 明确地规定在被告所在国家的仲裁机构仲裁。这往往是双方都力争在本国进行仲裁而又无法达成一致的意見时所采取的一种折中做法，一般比较容易为双方当事人接受。③ 明确地规定在双方当事人同意的第三国的仲裁机构仲裁。在采取这种做法时，应选择对中国友好的国家作为仲裁地点。

（2）仲裁机构

仲裁机构是主持仲裁工作的常设组织。国际经济贸易仲裁机构通常有常设仲裁机构和临时性仲裁机构两种。常设仲裁机构可以帮助双方当事人做好仲裁的行政管理与组织工作，如果当一方当事人拒不指定仲裁员时，仲裁机构就有权代为指定仲裁员，为仲裁员提供工作上的方便，为双方传递文件与证据，安排开庭与记录，负责收取保证金与仲裁费用等。而临时性仲裁机构则直接由双方当事人指定的仲裁员自行组成仲裁庭进行仲裁，这种仲裁庭是临时仲裁庭，案件处理完毕即自动解散。在国际贸易中，大约有 95%的仲裁案件都是在常设仲裁机构的主持下进行仲裁的。目前，世界各国都设有常设仲裁机构，有些国家还设有行业性的仲裁机构。中国的常设仲裁机构是中国国际经济贸易仲裁委员会与海事仲裁委员会。在仲裁协议中，对于在哪个仲裁机构进行仲裁，双方必须做出明确的规定。

（3）仲裁程序和规则

仲裁程序和规则是指双方当事人和仲裁庭在整个仲裁过程中所能遵循的程序和规则。仲裁程序包括仲裁申请的提出、答辩的方式、仲裁员的指定、仲裁庭的组成、仲裁的审理、仲裁裁决的做出以及裁决的效力等内容。仲裁规则的作用主要是为当事人与仲裁员规定一套进行仲裁的行为准则，以便他们在仲裁中有所依循。

仲裁规则是由各国的仲裁机构自行制定的。在国际上，除了各国仲裁机构制定的仲裁规则外，还有一些国际性与地区性的仲裁规则，例如，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》



与《国际商会商事仲裁规则》等。在国际商事仲裁中,通常采用仲裁地仲裁委员会的仲裁规则。例如,如果双方同意在中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁,就应该根据该会的仲裁规则进行仲裁。但是,有些国家也允许双方当事人任意选择使用他们认为合适的仲裁规则。例如,仲裁条款虽然规定在某个国家的仲裁机构仲裁,却不采用该仲裁机构制定的仲裁规则,而采用其他国家或国际机构规定的仲裁规则。但是,这种选择不得违反仲裁地国家仲裁法中的强制性规定。

(4) 仲裁裁决的效力

仲裁裁决的效力是指仲裁机构就有关争议所做出的实质性裁决是否具有终局性,对双方当事人是否有约束力,当事人是否有权向法院起诉请求变更或撤销该项裁决的问题。仲裁裁决的效力直接影响整个仲裁程序的效力,决定着当事人之间的争议能否得到解决,受害人的合法权益能否得到保护。各国法律一般都规定,仲裁裁决是终局的,对双方都有约束力。

各国的法律对仲裁裁决的上诉均有一定的限制。多数国家原则上不允许对仲裁裁决提起上诉;有些国家虽然允许当事人上诉,但是法院只审理程序问题,不审理实体问题;也有些国家允许法院在特定的情况下撤销仲裁裁决。从理论上说,仲裁裁决一旦做出,就对有关当事人具有法律上的约束力,如果一方当事人不能自动履行仲裁裁决,另外一方当事人可以请求法院强制执行。但是,根据有关国家的仲裁立法与实践,如果仲裁裁决存在法律规定的可以撤销的理由,当事人就可以在法律规定的时间内,向对此有管辖权的法院申请撤销该仲裁裁决。根据联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》第34条的规定,当事人申请撤销仲裁裁决应当在收到裁决书之日起的3个月内提出;申请人申请撤销仲裁裁决应当有法律规定的理由,并提供证据证明这些理由。归纳起来,该示范法规定的可以撤销仲裁裁决的理由,主要有以下四种情况:

1) 仲裁裁决所依据的仲裁协议无效。这种情况包括根据应当适用于他们的法律,订立仲裁协议的任何一方当事人为无行为能力者,或者根据当事人同意适用的法律,仲裁协议本身为无效协议。

2) 仲裁程序不当。这是指没有就指定仲裁员或进行仲裁程序的事项向当事人发出适当的通知,或者由于其他原因没有能够给当事人表达自己对争议事项的意见的机会。

3) 仲裁庭越权。这是指仲裁庭裁决的事项超出了当事人在仲裁协议中规定的事项。在这种情况下,当事人可以请求法院撤销裁决。

4) 仲裁庭的组成与当事人的约定或应当适用的法律不相符。这是指如果当事人在仲裁协议中规定了某一事项,例如,规定仲裁员应当由不是专职律师的技术人员担任,而实际上仲裁庭的组成人员都是专职律师,那么,仲裁庭的组成显然违反了当事人之间的约定。

如果申请撤销裁决的当事人能够提供充分的证据,证明有上述情况之一的,法院就可以裁定撤销仲裁庭已经做出的裁决。



（5）仲裁条款的独立性

在国际贸易的实践中，当仲裁条款是货物买卖主合同中的一项条款时，其仲裁条款的效力与主合同的效力是否相对独立，这成为一个受到各国政府重视的问题。英国和美国法院的判决案例确立了仲裁条款可以独立于其所依据的合同而不受影响的原则。英国法院早在 20 世纪 60 年代以前就首先在“赫曼诉达文斯”（Herman v. Darwins）一案中确立了这项原则。在这起案件中，被告达文斯是英国某钢铁制造商，它与营业地在纽约的赫曼订立了一项独家代理合同。该合同中包含以下仲裁条款：“由本合同产生的争议应通过仲裁解决。”后来，由于达文斯违约，双方发生争议。在这种情况下，原告赫曼将此事告到法院，指控达文斯违约。达文斯则请求法院终止对该案的审理。法院的初审法官麦克米兰却驳回了原告赫曼的起诉请求，提出了一种“皮之不存，毛将焉附”的道理。麦克米兰法官指出：“如果合同从来就不存在，那么，作为合同一部分的仲裁协议也不存在。因为大合同中包含小协议。”这个意思是明确的，如果主合同无效，那么，作为该合同一部分的仲裁条款也就随之无效了。原告赫曼不服，上告英国上议院，即类似于美国的最高法院。上议院推翻了原判，认为该合同中的仲裁条款可以不依赖于其依据的合同而独立存在，并且裁定将此争议根据该合同中的规定提交仲裁解决。此后，美国最高法院在 1963 年的“普里曼·平脱诉法拉特与考克林制造公司”（Prima Paint v. Flood & Cnklin Manufacturing Co.）一案的判决中，也确立了仲裁条款可以独立于其所依据的合同而单独存在的原则，即使一方当事人声称合同是通过欺诈的手段订立的或合同无效，这种情况下也应当根据此原则办理。

这种仲裁条款独立原则已经在许多国家的法律规定中得到体现。我国的《仲裁法》第 19 条明确地规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力”。《中华人民共和国合同法》第 57 条对这项原则也有类似的规定：“合同无效、被撤销或者终止，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”

9.2.2 国际商事仲裁规则

1. 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》

1976 年，第 31 届联合国大会正式通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL Arbitration Rules）。这套规则是供双方当事人自愿选择使用的，它在任何国家都不具有普遍的法律约束力。

由于联合国没有成立常设的仲裁机构，因此，这项仲裁规则是供临时仲裁使用的，即适用于没有常设仲裁机构管理的仲裁（Non-Administered Arbitration）。但是，为了便于仲裁的进行，双方当事人也可以在仲裁协议中指定任何一个常设仲裁机构，委托它负责仲裁的行政管理工作。

根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的规定，仲裁员的人数必须由双方当事人事先约定。如果双方未约定选任 1 名独任仲裁员，则应指定 3 名仲裁员。如果必须指定 3



名仲裁员，则由双方当事人各指定 1 名仲裁员，然后由被指定的两名仲裁员指定第三名仲裁员，并由其担任首席仲裁员。首席仲裁员与独任仲裁员的国籍应当不同于双方当事人的国籍。这是国际仲裁的习惯做法，其目的是保证独任仲裁员与首席仲裁员的中立性，防止他们因与当事人的国籍相同而在仲裁中袒护本国的当事人。

《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的特点之一是，它在任何情况下都不会由于双方当事人不能就仲裁人员人选达成协议而影响仲裁的进行。它有一个“指定仲裁员的机构”，该机构既可以由双方当事人在仲裁协议中指定，也可以由双方当事人在争议发生之后指定，如果双方当事人不能就“指定仲裁员的机构”达成协议，则任何一方当事人可以请求海牙常设仲裁法庭秘书长任命“指定仲裁员的机构”。该机构既可以是一个现存的仲裁组织或商业团体，也可以是某个人。

仲裁地点必须由双方当事人在仲裁协议中做出规定。如果双方当事人未能就仲裁地点达成协议，则应由仲裁员根据具体的情况决定仲裁的地点。仲裁员应适用双方当事人规定适用于其合同的法律，如果双方当事人对此没有做出规定，则仲裁员可以根据其认为适用的法律冲突规则，确定应当适用的法律。但是在任何情况下，仲裁员都应当考虑合同条款的规定与贸易惯例。在做出仲裁裁决以前，如果双方当事人同意和解，那么，仲裁员可以发出停止仲裁程序的命令，也可以以仲裁裁决的方式记下调解的内容。

2. 国际商会仲裁院及其仲裁规则

国际商会仲裁院成立于 1932 年，是一个处理国际性商事争议的仲裁机构。该仲裁院本身并不直接处理争议案件，它的主要任务是：① 保证该院所制定的仲裁规则与调解规则（Rules of Conciliation）的适用。② 指定仲裁员或确认当事人所指定的仲裁员。③ 对仲裁员的异议是否正当做出决定。④ 批准仲裁裁决的形式。该仲裁院现行仲裁规则是 1975 年 6 月 1 日开始生效的。无论是国际商会的会员国还是非会员国，他们都可以采用该规则进行仲裁。当事人如果申请仲裁，则既可以根据仲裁协议或仲裁条款直接向设在巴黎的国际商会仲裁院秘书处提出，也可以通过申诉人所在国的国际商会国别委员会（National Committee）将仲裁申请书转交该院秘书处。秘书处在收到申诉人的仲裁申请书后，应将仲裁申请书的副本及有关文件送交被诉人。被诉人在收到上述文件后，应于 30 日内做出答复。

根据《国际商会仲裁规则》的规定，如果双方当事人已商定由 1 名独任仲裁员处理他们之间的争议案件，则双方当事人应共同规定 1 名仲裁员，并提请仲裁院予以确认。如果双方当事人不能就独任仲裁员的人选达成协议，则由仲裁院代为指定 1 名仲裁员。如果应指定 3 名仲裁员，则双方当事人应各指定 1 名仲裁员并提请仲裁院予以确认，第三名仲裁员由仲裁院指定，并担任仲裁庭的主席。如果双方当事人未能就仲裁员的人数达成协议，则仲裁院可以指定 1 名独任仲裁员进行仲裁。如果一方当事人要求采用 3 名仲裁员，仲裁院将根据案情的重要性或复杂性对是否应当指定 3 名仲裁员做出决定。

为了保证仲裁员的中立性，独任仲裁员或仲裁庭主席的国籍必须不同于双方当事人的



国籍。如果一方当事人拒绝仲裁，则仲裁仍然应当根据仲裁规则的规定进行。如果有人就仲裁条款是否存在及其有效性的问题提出抗辩，仲裁院只要认为有仲裁条款存在的初步证据，就可以下令进行仲裁。但是，这对于该项抗辩是否成立并无影响，这个问题应由仲裁员做出决定。《国际商会仲裁规则》还规定，仲裁员不能因为有人主张该合同无效或不存在而中止其对争议的管辖权，只要仲裁员认为仲裁条款是有效的，即使合同无效，仲裁员仍然可以继续行使其管辖权，对双方当事人的权利与义务做出决定，并对他们的请求权与抗辩做出说明。

在开始审理案件以前，仲裁员必须就其职责范围（Terms of Reference）提出一份报告，送交仲裁院批准。除非双方当事人同意，仲裁院不能授予仲裁员作为友好调解人处理案件的权限。

裁决书必须以书面形式做成，除经双方当事人明示排除外，还应附具理由。裁决书的草案须经仲裁院批准，然后才由仲裁员签名。仲裁院原则上只审查形式，虽然它也有权就实体问题提出意见，但是，最后取舍的权力仍然属于仲裁员。

9.3 国际商事仲裁程序

国际仲裁机构接受仲裁申请必须以双方当事人的仲裁协议为基础，并且根据仲裁程序（Arbitration Proceeding）进行仲裁。仲裁程序是指仲裁机构在进行仲裁审理的过程中，仲裁机构、当事人与少数参与人从事仲裁活动必须遵循的程序。仲裁机构从受理申诉人提出的仲裁申请书开始，至仲裁庭做出仲裁裁决为止的整个过程，是仲裁程序阶段。一般而言，国际商事仲裁的基本程序大体如下：争议发生，双方协商一致同意提交仲裁后，向有关仲裁机构提交申请；仲裁机构接受申请后，双方按照有关规定或者仲裁机构的仲裁规则确定仲裁员，组成仲裁庭（Tribunal）；仲裁庭召开预备会议，经与双方当事人协商，明确仲裁程序、仲裁体制，该会议是正式仲裁开始前的非正式会议；当事人双方进行书面证据材料的交换，确定争议重点，明确有关的证据与事实；仲裁庭进行有关审理，双方出示有关证据；仲裁庭经过审理最终做出仲裁裁决。下面以现行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》与《中国海事仲裁委员会仲裁规则》为主，对仲裁程序加以简要介绍。

9.3.1 仲裁申请



提示 仲裁申请是启动仲裁程序的最初法律步骤，仲裁申请必须以书面形式进行。

仲裁申请是指有关仲裁协议中约定的争议事项发生以后，仲裁协议的一方当事人依据该协议将有关争议提交给他们约定的仲裁机构，请求对争议进行仲裁审理的活动。各国的仲裁法规所规定的仲裁申请的主要内容大体上是一致的，通常包括：



- 申诉人与被申诉人的名称与地址；
- 案情及争议要点；
- 申诉人的要求及所根据的事实与证据，仲裁申请书应当由申诉人及申诉人授权的代理人签名；
- 向仲裁委员会提交仲裁申请书时，应当附具申请人要求根据的事实的证明文件；
- 在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名仲裁员，或者委托仲裁委员会主席指定；
- 根据仲裁规则所附的仲裁费用表的规定预缴仲裁费。

根据有关规定，当事人可以委托代理人向仲裁委员会办理有关仲裁事项。代理人可以由中国或者外国的公民充任。接受委托的代理人应当向仲裁委员会提出授权委托书。

根据国际上的习惯，如果争议发生后组织临时仲裁庭仲裁，申诉人应将仲裁申请书直接交给被诉人。如果在合同中业已订立仲裁协议，并且在事先业已指定了某国的常设仲裁机构仲裁，则申诉人可以将仲裁申请书交给双方当事人业已同意进行仲裁的仲裁机构。该仲裁机构对该项仲裁申请书进行初步审查，认为该仲裁机构对该项争议有管辖权，同时，双方在合同中订立的仲裁条款被证明是有效的，该项争议确实属于该仲裁条款所规定的范围之内，则该仲裁机构应立即将该仲裁申请书送达被诉人。被诉人在接到申诉人的仲裁申请书后，应该在限期内做出答辩，并应指定仲裁员使仲裁工作如期进行。

被诉人对于已经受理的争议案件可以提出反诉。反诉提出的程序一般与提出仲裁申请相同。

9.3.2 仲裁庭的组成

仲裁委员会在收到仲裁申请书及其附件后，经过审查，认为申诉人申请仲裁的手续完备，则应立即将申诉人的仲裁申请书及其附件，连同仲裁委员会的仲裁规则与仲裁员名册各一份，寄送给被诉人。被诉人应当在收到仲裁申请书之日起 20 日内在仲裁委员会的委员名单中指定 1 名仲裁员，或者委托仲裁委员会主席指定仲裁员，并且应当在收到仲裁申请书之日起 45 日内向仲裁委员会提交答辩书及有关证明文件。如果被诉人没有根据规定在收到仲裁申请书之日起 20 日内在仲裁委员会仲裁员名册中指定 1 名仲裁员，或者委托仲裁委员会主席指定仲裁员，仲裁委员会主席也有权为被诉人指定 1 名仲裁员。如果仲裁案件有两个或者两个以上申请人及被诉人时，申诉人之间或被诉人之间应当经过协商，在仲裁委员会仲裁员名册中各自共同指定 1 名仲裁员。如果申诉人之间未能在提交仲裁申请书时共同指定仲裁员，或者被诉人之间未能在收到仲裁申请书之日起 20 日内共同指定仲裁员，则由仲裁委员会主席指定。

根据国际上的一般做法，争议案件可以由 3 名以上仲裁员（其中 1 名为首席仲裁员）组成仲裁庭，以合议方式审理，也可以由独任仲裁员单独审理争议。当仲裁庭由多数仲裁员组成时，仲裁员的选定或指定程序不尽相同。根据美国仲裁协会商事仲裁规则的规定，双方当事人可以以书面协议确定仲裁员的人数及其指定办法。如果双方当事人各指定 1 名



仲裁员，则应由被指定的两名仲裁员推选出另一名中立的仲裁员组成合议仲裁庭，对仲裁员的国籍不做任何限制。如果双方当事人对指定仲裁员的方法事先没有做出规定，则由美国仲裁协会把它的仲裁员名册按一式两份的形式分送给双方当事人，由双方当事人在接到该名单 7 日之内把不同意的人从名册中划掉，然后将名册送回仲裁协会，该协会参照双方当事人所表示的先后顺序代为确定仲裁员。如果双方当事人或其一方不在限期内退回上述仲裁员名册，则被认为是对该名单的仲裁员全部同意。

9.3.3 仲裁审理

仲裁庭在对争议进行审理的过程中要涉及许多程序问题，比如审理日期、审理方式等。争议案件的审理日期，由仲裁庭决定，并于开庭前一定期间通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在规定的期间内请求延期，除非有不能预见的特殊情况发生。

关于审理的方式，仲裁庭有两种审理方式：开庭审理和书面审理。各国一般都规定应该采取口头方式开庭审理，但经双方当事人申请或征得双方当事人同意，也可以书面审理，即不开庭审理，只依据双方提供的书面文件进行审理并做出裁决。无论采取何种方式，重要的是仲裁庭必须贯彻当事人权利平等原则，使双方都享有答辩或提出书面证据的均等机会。开庭审理的，如一方拒不出庭，仲裁庭可以根据出庭一方当事人的申请，进行审理或裁决。

各仲裁机构对仲裁的审理（Arbitral Hearings）过程基本相似，包括开庭、调解、收集证据与调查证人、采取保全措施以及做出仲裁裁决等几个主要步骤。

1. 开庭

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 34 条规定，当事人约定了开庭地点的，仲裁案件的开庭审理应当在约定的地点进行，但出现本规则第 72 条第 3 款规定的情形的除外。除非当事人另有约定，由仲裁委员会秘书局或其分会/中心秘书处管理的案件应分别在北京或分会/中心所在地开庭审理；如仲裁庭认为必要，经仲裁委员会秘书长同意，也可以在其他地点开庭审理。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 35 条规定，开庭审理的案件，仲裁庭确定第一次开庭日期后，应不晚于开庭前 20 天将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以请求延期开庭，但应于收到开庭通知后 5 天内提出书面延期申请；是否延期，由仲裁庭决定。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 33 条规定：仲裁庭应开庭审理案件，但双方当事人约定并经仲裁庭同意或仲裁庭认为不必开庭审理并征得双方当事人同意的，可以只依据书面文件进行审理。美国、日本与瑞典的仲裁规则都规定仲裁应以口头方式进行审理，但是，美国与日本又都同时允许双方当事人可以在仲裁条款中规定，仲裁员可以根据双方当事人的书面证实材料做出裁决，以利于仲裁早日结案。其他国家，如英国与澳大利亚等国家，也都有类似的规定。因此，在这点上，各国根据事实上的需要，其做法基本上是相同的。

《中华人民共和国仲裁法》第 42 条规定：“申请人无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许



可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。”

仲裁庭为了正确审理案件，解决某些专门问题，可以请专家咨询或者指定鉴定人进行鉴定。专家与鉴定人可以是中国的或者外国机构或公民。

2. 调解

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第45条规定：“经仲裁庭调解达成和解或双方当事人自行和解的，双方当事人应签订书面和解协议；经调解或当事人自行达成和解协议的，当事人可以撤回仲裁请求或反请求；当事人也可以请求仲裁庭根据当事人和解协议的内容作出裁决书或制作调解书。”《中国海事仲裁委员会仲裁规则》第57条也有相同的规定。

中国涉外仲裁机构在处理外贸争议中采取调解与仲裁相结合的方针。这是中国涉外仲裁的一个重要特点，即调解工作在仲裁审理的过程中贯彻始终。在仲裁取得最后裁定之前的任何时候，只要在双方当事人之间达成协议，仲裁庭即可以做出“调解书”结案，或者由当事人申请撤案。

不仅如此，中国在对外经济贸易仲裁工作中还采用一种新的尝试，叫作“联合调解”，即在双方当事人友好协商无法解决的基础上，由两国仲裁机构或有关机构各出相等的人数组成“调解委员会”进行“联合调解”。例如，1997年5月，中国某服装公司与捷克某公司32万美元货款未付案，就是经两国商会调解员的努力，进行联合调解最终达成和解的成功案例。

《中华人民共和国仲裁法》第51条规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”《中华人民共和国仲裁法》第52条规定：“调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。”

3. 收集证据与调查证人

在仲裁审理过程中，仲裁庭有权审核证据与调查证人。双方当事人为自己进行辩护，自然也会提出若干证据作为依据。仲裁庭认为有必要时可以传唤证人。欧洲、美洲国家一般都允许仲裁庭有权传唤证人出庭作证。但是如果证人不愿出庭作证，仲裁庭是否有权强令证人出庭作证，对于这个问题，各国的规定有所不同。例如，1926年的《美国仲裁法》规定，根据该法指定的仲裁员全体或者过半数有权用书面形式传唤任何人出庭作证。但是，英国、日本与瑞典等国家的仲裁法则规定，如果证人在接到仲裁庭的通知后不出庭作证，仲裁庭无权强令证人出庭作证。如果遇到这种情况，则可以由当事人或仲裁庭向有关法院提出申请，由法院发出传票勒令证人出庭作证。



《中华人民共和国仲裁法》第43条规定：“当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。”《中华人民共和国仲裁法》第44条规定：“仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。经仲裁庭许可，当事人可以向鉴定人提问。”但是，关于证人不出庭作证，仲裁庭是否有权强令证人出庭作证，该法则无明文规定。

4. 采取保全措施

保全措施是指在仲裁审理过程中，在做出最后的裁决之前的一段时间里，对有关当事人的财产做一种临时性的强制措施，以保证胜诉一方及时获得应有的损失赔偿。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定，仲裁委员会可以根据当事人的申请与中国法律的规定，提请被申请人财产所在地或者仲裁机构所在地的中级法院做出关于保全措施的裁定，以保护胜诉一方当事人的权利。中国民事诉讼法规定，这种保全措施应由仲裁机构向有关的中级人民法院提出，经法院裁定允许后即可执行。《中华人民共和国仲裁法》第46条规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”《中华人民共和国仲裁法》第68条规定：“涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。”

现在，许多仲裁立法或仲裁规则都规定，仲裁庭对于双方当事人对争议中的标的物可以采取必要的保全措施。例如，联合国国际贸易法委员会制定的仲裁规则，欧洲经济委员会、亚洲及远东经济委员会制定的仲裁规则都规定，对争议中的标的物可以采取必要的保全措施。美国仲裁协会的仲裁规则也规定，经当事人同意，仲裁庭在必要时可以发出保全仲裁标的物的命令。但是，也有少数国家认为保全措施是一种强制性措施，仲裁员没有这种权力，只能向有关法院提出申请，由法院做出保全措施的决定。澳大利亚等国家的仲裁法规就是这样规定的。英国的仲裁法规则根据当时应受保全的标的物的情况有不同的处理办法：如果在进行仲裁时，争议的标的物还在一方当事人的手中，则对此争议的标的物可以做出保全的措施；如果争议的标的物已落入第三人手中，则仲裁庭无权对此做出保全的决定，必须向有关法院提出申请，由法院做出保全措施，以保护胜诉一方应得的利益。

5. 法律适用

关于仲裁员在审理过程中究竟应适用哪国法律的问题，其处理方法一般是，属于程序者，各国都一致适用仲裁地法。但是，双方当事人一致同意的仲裁协议另有规定者，则根据双方的规定办事。关于实体法的适用，各国一般都允许当事人自由选择，这就是“意思自治”原则在这方面的应用。如果双方当事人没有指定适用哪国法律，那么，通常由仲裁庭自己确定应适用的法律。联合国国际贸易法委员会、欧洲经济委员会和亚洲与远东经济委员会的三个仲裁规则，对此做了基本相同的规定，即仲裁庭应适用当事人指定的法律，



如果当事人没有预先指定,则适用仲裁庭自己认为应该适用的冲突规范所指向的法律。

9.3.4 仲裁裁决

仲裁裁决(Arbitration Award)是仲裁庭通过对仲裁案件的审理而做出的最后裁决。仲裁裁决应当按照多数仲裁员的意见做出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁裁决书应当写明裁决的形式、内容、所依据的理由、仲裁费用以及该裁决的效力等问题,由仲裁庭全体或者多数仲裁员签名,并写明做出裁决的日期和地点。在仲裁庭不能形成多数意见时,按照首席仲裁员或者公断人的意见做出仲裁裁决。裁决自做出之日起发生法律效力。

仲裁裁决根据其内容和参加的主体的不同,可以分为以下几种:

1) 中间裁决(Interim Award)。仲裁庭做出最终裁决前就案件中某个具体问题做出的裁决就是中间裁决。中间裁决一般不对当事人的责任或者实体权利做出结论。

2) 部分裁决(Partial Award)。部分裁决是指在最终裁决前,仲裁庭对于已经审理清楚的部分实体问题做出的裁决。部分裁决具有终局裁决的性质,一旦做出即发生终局的法律效力。对于已经进行了部分裁决的事项,在终局裁决中不再进行裁决。

3) 终局裁决(Final Award)。终局裁决是指仲裁庭对提交仲裁的案件进行审理后做出的全部的、最后的裁决。裁决一经做出后,当事人不得向法院上诉,也不可以向其他机构提出变更裁决的请求,即经过适当的、合法的仲裁审理做出的仲裁裁决具有法律强制执行力,当事人应当按照裁决的内容自动切实地加以履行。

仲裁庭的裁决为终局裁决,对双方当事人均有约束力,双方当事人均不许起诉,这是当前国际商事仲裁的一般规定和总的发展趋势。但在实践中,各国的做法仍不相同。大多数国家规定裁决是终局的,但也有的国家规定当事人可以向法院起诉。有的国家虽然规定当事人不得就仲裁裁决起诉,但允许当事人按法律规定的条件请求法院撤销裁决。概括起来,这些条件是:① 无有效的仲裁协议;② 仲裁员行为不当;③ 仲裁程序不当,裁定不符合法律要求;④ 裁决内容超出协议所规定的范围或仲裁机构的受案范围;⑤ 裁决所依据的证据是伪造的,或者发现了新的足以推翻原有证据的证据。

9.3.5 仲裁裁决的执行

在国际贸易仲裁中,裁决的执行是一个比较复杂的问题。因为国际贸易仲裁所做出的裁决,涉及外国的当事人,如果败诉一方拒不执行裁决,就可能出现以下两种情形:一种情形是本国仲裁机构做出的裁决,由于败诉一方在本国,或者败诉一方有财产在本国,可以向本国法院提出强制执行;另一种情形是一国仲裁机构做出了裁决,但由于败诉一方在外国,需要向外国法院申请强制执行。前者属于对本国仲裁裁决的执行问题,后者涉及对外国仲裁裁决的执行问题。根据某些西方国家法律的规定,对本国仲裁裁决的执行,手续一般比较简单,通常是由胜诉一方向有关法院提出强制执行的申请,法院一般只作形式审查,不作实体审查。如果法院经过审查认为裁决在形式与程序上符合法律的要求,即发出执行命令,



予以强制执行。

但是，对于外国仲裁裁决的执行，情况就复杂得多。因为执行外国的仲裁裁决，不仅涉及双方当事人的切身利益，而且涉及两国间的利害关系。因此，许多国家在法律中对于执行外国的仲裁裁决都规定了一些限制。例如，要求以互惠为条件，或者以外国的仲裁裁决不违反执行国的“公共秩序”为前提等。有些国家还要求“双重许可”，即要求当事人必须首先在做出裁决的国家取得可以在该国执行的法院命令，然后再凭此取得申请执行国家法院或有关主管当局发出的准许执行的命令。如果外国的仲裁裁决不符合执行国法律的要求，执行国的法院就可以拒绝执行。

为了解决各国在承认与执行外国仲裁裁决问题上存在的分歧，国际上曾先后缔结过三项有关承认与执行外国仲裁裁决的国际公约。第一项公约是1923年的《日内瓦仲裁条款议定书》；第二项公约是1927年缔结的《关于执行外国仲裁裁决的公约》；第三项公约是1958年在联合国的主持下，在纽约缔结的《承认与执行外国仲裁裁决的公约》（简称《纽约公约》）。《纽约公约》吸收了前两项公约的基本内容，但是比其有了新的发展。前两项公约是以互惠为基础的，两国之间必须首先缔结一项双边协议，然后才能在各自的管辖范围内实施这两项公约。而《纽约公约》则放弃了互惠的要求，它原则上可以适用于任何一项外国的仲裁裁决。但是，每个国家在参加这项公约时，可以声明它只愿意对该公约的缔约国做出的仲裁裁决实行该公约。

《纽约公约》共有16条，其主要内容如下：

1)《纽约公约》明确地规定，缔约国应该相互承认与执行对方国家做出的仲裁裁决，并规定在承认与执行对方国家的仲裁裁决时，不应该在实质上比承认与执行本国的仲裁裁决提出更加苛刻的条件或征收更高的费用。

2)《纽约公约》第4条规定，申请承认与执行裁决的一方当事人，必须提供经过适当证明的仲裁裁决的正本或副本，以及仲裁协议的正本或经过适当证明的副本，必要时还应附具译本。

3)《纽约公约》第5条规定了拒绝承认与执行外国仲裁裁决的条件：根据《纽约公约》的规定，凡是外国仲裁裁决有下列情况之一者，被请求执行的机关可以根据被诉人的请求拒绝承认与执行。第一，被诉人证明仲裁协议的当事人无行为能力，或根据仲裁协议选定的准据法，或根据做出裁决国家的法律，证明该项仲裁协议是无效的。第二，被诉人没有得到关于指定仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，或者由于其他原因不能对案件提出意见。第三，裁决的事项超出仲裁协议规定的范围。第四，仲裁庭的组成或仲裁程序与双方当事人的协议不相符，或者在双方当事人没有协议时，与仲裁地国家的法律不相符。第五，仲裁裁决对双方当事人还没有发生约束力，或者裁决已经被仲裁国家的有关当局撤销或停止执行。所谓裁决对当事人还没有发生约束力，是指对裁决还能够提出异议或上诉，或正在对裁决的有效性进行诉讼。



4)《纽约公约》还规定,如果被请求承认与执行仲裁裁决的国家的有关当局认为,根据该国的法律规定,裁决中的争议事项不适合以仲裁裁决方式处理,或者认为裁决的内容违反该国的公共秩序,也可以拒绝执行。

5)《纽约公约》允许各缔约国在参加该公约时发表声明,提出若干保留条件。例如,可以声明在承认与执行外国仲裁裁决时,必须以互惠为条件,即只承认与执行缔约国做出的裁决,对于非缔约国做出的裁决,可以不根据《纽约公约》的规定处理;也可以声明仅对根据本国法律规定属于商事关系引起的争议适用《纽约公约》的规定,对于非商事争议的裁决则不在此限。

目前,《纽约公约》已经取代了上述两项公约,成为有关承认与执行外国仲裁裁决的一个最重要的国际公约。但是,对于那些未参加《纽约公约》而参加了1927年缔结的公约的国家,它们仍然适用上述公约。截至2014年7月,已有149个国家参加了《纽约公约》。中国于1987年1月22日批准加入《纽约公约》,1987年4月22日公约对中国正式生效。中国在加入公约时提出了两项保留:一是仅适用于缔约国间做出的裁决;二是只适用于商事法律关系引起的争议。中国政府1997年7月1日恢复对香港主权后,立即按照中国加入公约之初所做的声明,将公约适用的领土范围延伸至中国香港特别行政区。2005年7月19日,中国宣布,按照中国加入公约之初所做的声明,公约适用于中国澳门特别行政区。

9.4 中国的仲裁机构、仲裁规则与仲裁法

在涉外仲裁方面,1954年,当时的政务院做出“关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会”的决定。1956年,该仲裁委员会制定了仲裁程序暂行规则。1980年,国务院通知将上述仲裁机构改名为“对外经济贸易仲裁委员会”,并扩大了受理争议的范围。1958年,国务院又做出设立海事仲裁委员会的决定,1959年,公布了该委员会的仲裁程序暂行规则。1988年,上述两项仲裁程序暂行规则经过修改已改称为《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》与《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。两项规则均经过多次修改现行仲裁规则为2012版《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和2004年版的《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。

9.4.1 中国的国际经济贸易仲裁机构

为了适应对外经济贸易发展的需要,中央人民政府于1954年通过决定,在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会;1958年,国务院又做出决定,在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会。这是中国两个民间性质的常设仲裁机构。其中,对外贸易仲裁委员会的名称曾作过两次变更:一次是1980年经国务院批准改名为“对外经济贸易仲裁委员会”,另一次是1988年经国务院批准改名为“中国国际经济贸易仲裁委员会”,其管辖权限也有所扩大,包括国际经济贸易中的一切争议,2000年,中国国际经济贸易仲



裁委员会同时启用中国国际商会仲裁院的名称。

中国国际经济贸易仲裁委员会设在北京，在深圳、上海、天津和重庆分别设有贸仲委华南分会、上海分会、天津国际经济金融仲裁中心（天津分会）和西南分会，在香港特别行政区设立香港仲裁中心。华南分会始建于1984年2月设立的贸仲委深圳办事处，1989年更名为深圳分会，2004年更名为华南分会。上海分会是经国务院同意，于1988年12月，设立的。天津分会于2008年5月在天津设立。西南分会于2009年3月在重庆设立。香港仲裁中心于2012年9月设立。中国国际经济贸易仲裁委员会及其分会是统一的仲裁委员会，适用同一部《仲裁规则》和同一个《仲裁员名册》。1993年中国国际经济贸易仲裁委员会《章程》即规定，分会是贸仲委的派出机构。此外，根据仲裁业务的发展以及就近为当事人提供仲裁咨询和程序便利的需要，中国国际经济贸易仲裁委员会先后设立了26个地方和行业办事处。

9.4.2 中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则

中国第一个仲裁规则是对外贸易仲裁委员会于1956年制定的《仲裁程序暂行规则》。这个规则使用了30多年，其中有些内容已经不能适应对外开放的要求。因此，中国国际经济贸易仲裁委员会根据中国的法律与中国缔结或者参加的国际条约（例如，中国于1986年加入的1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》），并参照国际惯例，对该规则进行了重大修改，制定了一项新的仲裁规则，称为《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。该规则经1988年9月12日中国国际贸易促进委员会第一届第三次委员会会议通过，于1989年7月1日起正式实施，并于1994年、1995年、1998年、2000年、2005年、2012年多次修改。

1. 仲裁原则与特点

中国国际经济贸易仲裁委员会审理案件的基本原则是，以事实为根据，以法律为准绳，参考国际惯例，独立公正地解决争议。中国国际经济贸易仲裁的主要特点是，受案范围宽程序国际化、独立公正、仲裁程序快捷高效、调解与仲裁相结合，调解以双方当事人自愿为基础，同时进行联合调解。

2. 仲裁程序

现行《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》分为第一章总则、第二章仲裁程序、第三章裁决、第四章简易程序、第五章国内仲裁的特别规定和第六章附则，全文共74条。有关仲裁程序的主要内容如下。

（1）仲裁申请与仲裁庭的组成

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定，仲裁程序自仲裁委员会秘书局收到仲裁申请书之日起开始。申请人在仲裁申请书中应写明以下内容：申请人和被申请人的名称和住所；申请人所依据的仲裁协议；案情和争议要点；申请人的仲裁请求及所依据的事实和理由。

申请人在提出仲裁申请时，附具申请人请求所依据的事实的证明文件，并按照仲裁委



员会制定的仲裁费用表的规定预缴仲裁费。

仲裁委员会秘书局收到申请人的仲裁申请书及其附件后,经审查,认为申请仲裁的手续完备的,将仲裁通知连同仲裁委员会的仲裁规则和仲裁员名册各一份发送给双方当事人。申请人的仲裁申请书及其附件也应同时发送给被申请人。

申请人和被申请人在收到仲裁通知后 15 天内选定一名仲裁员或委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,并共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定第三名仲裁员为仲裁庭的首席仲裁员。当事人未在上述期限内选定或委托仲裁委员会主任指定的,由仲裁委员会主任指定。

仲裁庭通常由三名仲裁员组成,在当事人另有约定或本规则另有规定的情况下,仲裁庭可由一名仲裁员组成。当事人可以在仲裁员名册以外选定仲裁员,经仲裁委员会主任依法确认后担任仲裁员。

(2) 答辩与反请求

被申请人应自收到仲裁通知后 45 天内提交答辩书。答辩书由被申请人或被申请人授权的代理人签名及/或盖章,内容应包括:被申请人的名称和住所;对仲裁申请书的答辩及所依据的事实和理由;答辩所依据的证据材料以及其他证明文件。被申请人未提交答辩书,不影响仲裁程序的进行。

被申请人如有反请求,应自收到仲裁通知后 45 天内以书面形式提交仲裁委员会。被申请人提出反请求时,应在其反请求申请书中写明具体的反请求事项及其所依据的事实和理由,并附具有关的证据材料以及其他证明文件。被申请人提出反请求,应按照仲裁委员会制定的仲裁费用表在规定的时间内预缴仲裁费。被申请人未按期缴纳反请求仲裁费的,视同未提出反请求申请。仲裁委员会秘书局认为被申请人提出反请求的手续已完备的,应向双方当事人发出反请求受理通知。申请人应在收到反请求受理通知后 30 天内对被申请人的反请求提交答辩。申请人确有正当理由请求延长提交答辩期限的,由仲裁庭决定是否延长答辩期限;仲裁庭尚未组成的,由仲裁委员会秘书局做出决定。申请人对被申请人的反请求未提出书面答辩的,不影响仲裁程序的进行。

(3) 仲裁审理与裁决

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定,仲裁庭应开庭审理案件,但双方当事人约定并经仲裁庭同意或仲裁庭认为不必开庭审理并征得双方当事人同意的,可以只依据书面文件进行审理。除非当事人另有约定,仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件。在任何情形下,仲裁庭均应公平和公正地行事,给予双方当事人陈述与辩论的合理机会。

开庭审理的案件,仲裁庭确定第一次开庭日期后,应不晚于开庭前 20 天将开庭日期通知双方当事人。当事人如果有正当理由,可以请求延期开庭,但应于收到开庭通知 5 天内提出书面延期申请;是否延期,由仲裁庭决定。

由仲裁委员会秘书局或其分会/中心秘书处管理的案件应分别在北京或分会/中心所在



地开庭审理；如仲裁庭认为必要，经仲裁委员会秘书长同意，也可以在其他地点开庭审理。当事人约定了开庭地点的，仲裁案件的开庭审理应当在约定的地点进行。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定，仲裁裁决是终局的，任何一方当事人都不得向法院起诉，也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求。

仲裁庭应当在组庭后 6 个月内作出仲裁裁决书。在仲裁庭的要求下，仲裁委员会秘书长认为确有正当理由和必要的，可以延长该期限。

仲裁庭根据事实和合同约定，依照法律规定，参考国际惯例，公平合理、独立公正地作出裁决。当事人对于案件实体适用法有约定的，从其约定。当事人没有约定或其约定与法律强制性规定相抵触的，由仲裁庭决定案件实体的法律适用。仲裁庭在其作出的裁决书中，应写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的承担、裁决的日期和地点。当事人协议不写明争议事实和裁决理由的，以及按照双方当事人和解协议的内容作出裁决书的，可以不写明争议事实和裁决理由。仲裁庭有权在裁决书中确定当事人履行裁决的具体期限及逾期履行所应承担的责任。裁决书应加盖“中国国际经济贸易仲裁委员会”印章。作出裁决书的日期，即为裁决发生法律效力日期。

（4）关于简易程序

现行《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第四章专门规定了仲裁的简易程序，这就把仲裁规则分成了普通程序和简易程序，简易程序有规定的按简易程序规则办理，简易程序没有规定的按普通程序规则办理。第 54 条对简易程序的适用规定除非当事人另有约定，凡争议金额不超过人民币 200 万元，或争议金额超过人民币 200 万元，但经一方当事人书面申请并征得另一方当事人书面同意的，适用简易程序；没有争议金额或争议金额不明确的，由仲裁委员会根据案件的复杂程度、涉及利益的大小以及其他有关因素综合考虑决定是否适用简易程序。第 56 条规定，除非当事人另有约定，适用简易程序的案件成立独立仲裁庭审理案件。仲裁庭可以按照其认为适当的方式审理案件；可以决定只依据当事人提交的书面材料和证据进行书面审理，也可以决定开庭审理。对于开庭审理的案件，仲裁庭确定第一次开庭日期后，应不晚于开庭前 15 天将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以请求延期开庭，但应于收到开庭通知后 3 天内提出书面延期申请，是否延期，由仲裁庭决定。仲裁庭应在组庭后 3 个月内作出裁决书。

9.4.3 中国关于执行仲裁裁决的法律

2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议第二次修改了《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）。它对中国涉外仲裁机构做出的裁决的执行程序和对外国仲裁机构做出的裁决在中国申请执行的程序分别做出了明确的规定，其主要内容如下。



1. 中国仲裁机构做出的裁决的执行程序

《民事诉讼法》第271条至第275条规定，经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。


对中国涉外仲裁机构做出的裁决，如果被申请人证明有下列情况之一者，经人民法院审查核实，法院可以裁定不予以执行：① 当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议；② 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于对其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见；③ 仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则的规定不当；④ 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁。此外，如果人民法院认为执行该裁决将违背社会公共利益者，也可以裁定不予以执行。

如果仲裁裁决因上述情况被人民法院裁定不予以执行时，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

《民事诉讼法》第280条规定，中华人民共和国涉外仲裁机构做出的发生法律效力仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

2. 外国仲裁机构做出的裁决在中国申请执行的程序

《民事诉讼法》第283条规定，国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或参加的国际条约办理，或按照互惠原则办理。

 **提示** 《中华人民共和国仲裁法》是1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过，于1995年9月1日起实施的。该仲裁法共有8章80条。

9.4.4 我国仲裁法简介

1. 关于该法的宗旨与适用范围

《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第1条规定了该法的宗旨：“为保证公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展，制定本法。”第2条规定了适用范围：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”第3条规定下列纠纷不能仲裁：“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；依法应当由行政机关处理的行政争议。”

2. 关于仲裁的原则、方法与仲裁的终局性

该法第4条规定了仲裁自愿的原则：“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”第7条规定了仲裁方法：“仲裁应当根据事实，符合法律规定，公平合理地解决纠纷。”第9条规定了仲裁的



终局性：“仲裁实行一裁终局的制度。裁决做出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。”

3. 关于仲裁委员会、仲裁协议与仲裁程序

该法第2章第10~13条是关于仲裁委员会和仲裁协会的有关规定，其中第10条规定了仲裁委员会的组成，第11条规定了仲裁委员会应当具备的条件，第13条规定了仲裁员应当具备的条件。该法第2章第16~20条是关于仲裁协议有关规定的，其中第16条规定了仲裁协议应当包含的内容，第17条是关于无效仲裁协议的，第19条明确规定仲裁协议的独立性：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。”该法第4章第21~57条是关于仲裁程序的有关规定，其中第一节第21~29条是关于仲裁的申请与受理的，第二节第31~38条是关于仲裁庭的组成的，第三节第39~57条是关于仲裁的开庭与裁决的。

4. 关于申请撤销仲裁裁决与仲裁执行

该法第5章第58~61条是关于申请撤销仲裁裁决的规定的；第6章第62~64条是关于仲裁的规定的。

5. 关于涉外仲裁

该法第7章，第65~73条是有关“涉外仲裁的特别规定”。

本章小结

在国际商事活动中，由于当事人彼此间利益的不同，所处文化、法律传统不同，所在国家的政治、经济背景的不同，难免会出现各种纠纷和争议。如何处理这些争议和纠纷是一个非常重要的问题。

本章分析了国际商事争议的特点，并介绍了四种解决方法。其中特别对国际商事仲裁和国际商事诉讼做了详细的讲解。在四种国际商事争议的解决方法中，协商、调解、仲裁都以当事人的意思自治为前提。

国际商事仲裁的机构，根据其设置的不同，可以分为临时仲裁机构和常设仲裁机构。目前国际上影响较大的常设仲裁机构有6家左右。

国际商事仲裁的协议有仲裁条款和仲裁协议两种表现形式，但其法律效力相同。有效的仲裁协议是当事人将争议提交仲裁的前提，是仲裁机构审理和做出裁决的依据，同时也是排除法院管辖的有效文件。

国际商事仲裁中存在外国裁决的承认与执行问题，1958年的《纽约公约》对仲裁裁决的承认原则和条件做了详细的规定。

国际商事诉讼同国际商事仲裁一样，也是解决国际商事争议的重要方式。在国际商事诉讼中，涉及法院的管辖权、司法协助和外国法院判决的承认与执行问题，对此，多由各国自行规定，同时也有一些相关的国际公约。



复习思考题

1. 仲裁协议有哪些形式?效力如何?

2. 国际商事诉讼和国际商事仲裁有什么不同?

3. 简述题:根据1958年《纽约公约》的规定,在哪些情况下可以拒绝承认和执行外国仲裁庭做出的仲裁裁决?

4. 案例分析题:我国大连A公司是一家服装公司,该公司于2010年6月与日本B公司签订服装销售合同,合同规定:“如双方发生任何纠纷,双方可友好协商解决,如不能协商解决,可将纠纷提交法院或有管辖权的仲裁机构仲裁。”合同订立后,在履行中,双方因货物质量问题发生纠纷,经协商双方同意解除合同。但之后不久,日本B公司向我国国际经济贸易仲裁委员会提出仲裁申请,大连A公司接到仲裁通知后参加了仲裁,仲裁委员会做出了对A公司不利的裁决。事后,A公司认为,该纠纷案不应通过仲裁解决,理由是:①双方已经解除合同,不应再执行其中的仲裁条款。②A公司依照合同规定也可以选择到法院解决。

问题:①合同已经解除,合同中的仲裁条款是否仍然有效?

②本案中的仲裁条款是否有效?

③大连A公司能否在仲裁后就本案再提起诉讼?

参考文献

- [1] 沈四宝, 王军, 焦津洪. 国际商法[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2010.
- [2] 张圣翠. 国际商法[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 2012.
- [3] 雷·奥古斯特, 等. 国际商法[M]. 高瑛玮, 编译. 北京: 机械工业出版社, 2013.
- [4] 彭世忠. 国际民商事诉讼法比较研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- [5] 张孟才. 国际贸易实务[M]. 北京: 机械工业出版社, 2013.
- [6] 刘凯湘. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [7] 肖永平. 论国际商事惯例在我国的适用[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2003:1(79).
- [8] 韩世远. 论根本违约[J]. 民商论丛, 2000:13(88).
- [9] 姜明安. 中国法学三十年[M]. 北京: 人民出版社, 2008.
- [10] 李巍. 联合国国际货物销售合同公约评释[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [11] 王利明. 物权法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008.
- [12] 李仲周. 世界贸易组织法律文本[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [13] 沈四宝. 中国涉外经贸法[M]. 北京: 首都经贸出版社, 2009.
- [14] 盖斯特. 英国合同法与案例[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [15] 金健. 国际商事履行问题比较研究[M]. 武汉: 武汉出版社, 2001.
- [16] 杨良宜. 提单及其付运单证[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [17] 汪铁, 朱蔚云. 提单项下货物所有权的转移[J]. 国际贸易问题, 2002, 8(37).
- [18] 张丽英. 海商法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006.
- [19] 吴飏, 朱晓娟. 合同法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006.
- [20] 沈宗灵. 比较法研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2001.
- [21] 刘笋. 国际贸易法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [22] 王利明. 违约责任论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [23] 李双元. 国际私法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [24] 沈木珠. 国际贸易法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [25] 刘俊海译. 欧盟公司法指令全译[M]. 北京: 法律出版社, 2000.



- [26] 朱建林. 英美商事法 (英文版) [M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2006.
- [27] A A roar. Practical Business Law. Macdonald & Evans Ltd, 1983.
- [28] Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary, West Group St. Paul, Minn. , 1999.
- [29] M. j.Bonell. An International Restatement of Contract Law. Uniform Law Review, 2001.
- [30] J. Honnold. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 1982.
- [31] E. Allan Farnsworth. Contracts, Little, Brown and Company, Boston, 1990, second edition.